

المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية

تأليف

الدكتور عبد الكريم زيدان

أستاذ الشريعة الإسلامية ورئيس قسمها في كلية الحقوق بجامعة بغداد سابقاً
أستاذ الشريعة ورئيس قسم الدين بكلية الآداب بجامعة بغداد سابقاً
أستاذ الشريعة بكلية الدراسات الإسلامية وعميدها سابقاً

أستاذ متمرس بجامعة بغداد

الجزء الثامن

مؤسسة الرسالة

الطبعة الأولى
١٤١٣هـ - ١٩٩٣م

مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع
مؤسسة الرسالة - بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ - ص.ب ٧٤٦٠ برقيا: بيوشران

المفصل

في

أحكام المرأة والبيت المسلم

في الشريعة الإسلامية

٨



المبحث الخامس

أنواع الطلاق من حيث أثره

٧٥١٠ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

قلنا في تعريف الطلاق كما جاء في فقه الحنفية: «الطلاق شرعاً: رفع قيد النكاح في الحال بالبـائن، أو في المآل بالرجعي بلفظ مخصوص»(٩٢٩٨). فالطلاق قد يكون رجعياً، وقد يكون بائناً. وعلى هذا، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الطلاق الرجعي.

المطلب الثاني: الطلاق البائن.

المطلب الأول

الطـلاق الرجعـي

٧٥١١ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

إذا وقع الطلاق رجعياً جاز للزوج المطلق إرجاع زوجته بإرادته ما دامت في العدة، فلا بد من بيانِ متى يقع الطلاق الرجعي، بعد أن نبيِّن تعريفه ودليل مشروعيته وبيان حكمته. ثم نتكلم عن حقّ الزوج في إرجاعها بمحض إرادته، أي نتكلم عن «الرجعة» باعتبارها من آثار الطلاق الرجعي فنذكر تعريفها، وأركانها ومن يملكها، وما يتعلق بها من أحكام. وعلى هذا، نقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الطلاق الرجعي، وبيان مشروعيته، وحكمته.

الفرع الثاني: متى يقع الطلاق الرجعي.

الفرع الثالث: الرجعة.

(٩٢٩٨ مكرر) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٢٢٦-٢٢٧.

الفرع الأول

تعريف الطلاق الرجعي، وبيان مشروعيته، وحكمته

٧٥١٢ ـ تعريفه:

الطلاق الرجعي هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته ما دامت في العدة[٩٢٩٩]. بمحض إرادته رضيت الزوجة أو لم ترضَ دون حاجة إلى عقد نكاح جديد.

٧٥١٣ ـ الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً:

والأصل في الطلاق أن يكون رجعياً؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر، وإنما شرع للحاجة، والحاجة تندفع بالطلاق الرجعي، فيكون هو الأصل في الطلاق المشروع، وفي هذا قال الإمام علاء الدين الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ: «إن الطلاق شرع في الأصل بطريق الرخصة للحاجة على ما بيّنا، ولا حاجة إلى الطلاق البائن؛ لأن الحاجة تندفع بالطلاق الرجعي، فكان البائن طلاقاً من غير حاجة فلم يكن من السنة»[٩٣٠٠].

٧٥١٤ ـ الأدلة على أن الأصل في الطلاق هو الرجعي:

ويدل على أن الطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق، الآيات الواردة في القرآن الكريم، ومن ذلك:

٧٥١٥ ـ الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٩٣٠١]. بيَّنت هذه الآية الكريمة عدد الطلاق الذي للزوج فيه أن يرتجع زوجته ما دامت في العدة دون تجديد مهر وعقد، وفسخ ما كانوا عليه، فإذا طلّقها للمرة الثانية، فالواجب عليه إما أن يرتجعها ويمسكها بمعروف ـ أي موفياً لها حقوقها الشرعية ـ، أو يتركها حتى تنقضي عدتها وتكون أملك لنفسها، وهذا هو المقصود من التسريح بإحسان[٩٣٠٢].

(٩٢٩٩) «فرق الزواج» لأستاذنا الشيخ علي الخفيف ـ رحمه الله ـ ص١٩٤، «تفسير المنار» ج٢، ص٣٧٤ـ٣٧٥، «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢١٦.

(٩٣٠٠) «البدائع» ج٣، ص٩٥ـ٩٦.

(٩٣٠١) [سورة البقرة، الآية ٢٢٩].

(٩٣٠٢) «تفسير القرطبي، (أحكام القرآن)»، ج٣، ص١٢٦ـ١٢٨.

٧٥١٦ ـ الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿وَإذا طَلَّقتُم النِّساءَ فَبلغْنَ أجلهُنَّ فَأَمسكوهُنَّ بمعرُوفٍ أو سَرِّحوهُنَّ بمعرُوفٍ وَلا تُمسكُوهُنَّ ضِراراً لِتعتَدُوا، ومنْ يَفْعَلْ ذلِكَ فقدْ ظَلمَ نَفسهْ..﴾[٩٣٠٣]. والمقصود بقوله تعالى: ﴿فَبلَغْنَ أَجلَهُنَّ﴾ أي قاربن نهاية العدة، وليس المراد انقضاء الأجل، أي انقضاء العدة؛ لأنه بعد انقضاء العدة لا يمكن إمساكها بمعروف أي إرجاعها؛ لأنه لا رجعة بعد انقضاء العدة. وقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ أي بإرجاعها قبل انقضاء العدة مع القيام بما يجب لها من حقوق على زوجها. أو ﴿سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ معناه تركها حتى تنقضي عدتها»[٩٣٠٤].

٧٥١٧ ـ الدليل الثالث:

قوله تعالى: ﴿والمُطلَّقاتُ يَتربَّصْنَ بِأَنفسهنَّ ثَلاثةَ قُرُوءٍ، ولا يحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكتُمنَ ما خَلقَ اللهُ في أَرحامهنَّ إنْ كُنَّ يُؤمِنَّ باللهِ وَاليوْمِ الآخِرِ. وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرادُوا إِصْلَاحَاً...﴾[٩٣٠٥].

وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِهِنَّ﴾» أي وأزواجهن أحقّ بردهن، أي بإرجاعهن ما دمن في العدة ولم يستنفد الزوج ما يملكه عليها من طلقات. جاء في «تفسير القرطبي»: «أجمع العلماء على أنَّ الحرّ إذا طلَّق زوجته الحرّة وكانت مدخولاً بها تطليقة أو تطليقتين، أنه أحقّ برجعتها مالم تنقض عدتها وإن كرهت المرأة...»[٩٣٠٦].

٧٥١٨ ـ الدليل الرابع:

قولـه تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا العِدَّةَ واتَّقُوا اللهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾[٩٣٠٧]، وقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾، أي من مساكنهن عند الطلاق إلى أن تنقضي عدتهن»[٩٣٠٨]. وهذا إذا كانت مطلقة طلاقاً رجعياً[٩٣٠٩].

(٩٣٠٣) [سورة البقرة، الآية ٢٣١].

(٩٣٠٤) «أحكام القرآن» للجصاص، ج١، ص٣٩٥، «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٥٩.

(٩٣٠٥) [سورة البقرة، الآية ٢٢٨].

(٩٣٠٦) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٢٠.

(٩٣٠٧) [سورة الطلاق، الآية ١].

(٩٣٠٨) «تفسير الألوسي» ج٢٨، ص١٣٣.

(٩٣٠٩) «تفسير ابن كثير» ج٤، ص٣٧٨-٣٧٩.

٧٥١٩ ـ ما يستفاد من الأدلة التي ذكرناها:

ومن هذه الآيات التي ذكرناها من كتاب الله العزيز يتبيّن لنا مشروعية الطلاق الرجعي، وأنه هو الأصل في الطلاق، وقد أشار إلى ذلك الإمام ابن القيِّم بقوله: «ومن تأمل القرآن وجده لا يحتمل غير ذلك، فما شرع الله تعالى الطلاق إلا وشرع فيه الرجعة إلا الطلاق قبل الدخول، وطلاق الخلع والطلقة الثالثة»[٩٣١٠].

٧٥٢٠ ـ حكمة مشروعية الطلاق الرجعي:

والحكمة من مشروعية الطلاق إعطاء الزوج المطلق فرصة لتدارك ما قد عسى أن يكون قد وقع فيه من خطأ وسوء تقدير في تطليق زوجته، وذلك بتمكينه من إرجاعها بإرادته ما دامت في العدة، وفي إرجاعها فرصة للزوجة لتدارك ما قد عسى أن تكون قد وقعت فيه من خطأ، ونشوزها وتقوم بحقّ الزوج عليها، فتدوم الحياة الزوجية بينهما في وئام وعِشْرة طيبة، وإلى هذه الحكمة من تشريع الطلاق الرجعي أشار الإمام علاء الدين الكاساني في «بدائعه»، وصاحب «تفسير المنار» في تفسيره[٩٣١١].

الفرع الثاني

متى يقع الطلاق الرجعي وما حكمه

٧٥٢١ ـ شروط وقوع الطلاق الرجعي.

يشترط لوقوع الطلاق الرجعي أن تكون الزوجة مدخولاً بها، وأن لا يكون الطلاق مقروناً بعوض، وأن لا يكون مكملاً للطلاق الثلاث، وأن يكون بالألفاظ التي يقع بها الطلاق رجعياً على اختلاف بين الفقهاء في هذه الألفاظ. ونتكلم بإيجاز عن هذه الشروط الثلاثة.

٧٥٢٢ ـ الشرط الأول: أن تكون الزوجة مدخولاً بها:

يشترط لوقوع الطلاق رجعياً أن تكون الزوجة مدخولاً بها حقيقة، قال الفقيه ابن رشد ـ رحمه الله تعالى ـ: «أجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي، وأن من شرط هذا الطلاق تقدم المسبب له»[٩٣١٢]. وفي «البدائع» للكاساني في شروط الطلاق

(٩٣١٠) «إغاثة اللهفان من مكائد الشيطان» تأليف ابن القيم، ج١، ص٣٠٠.

(٩٣١١) «البدائع» للكاساني ج٣، ص٩٥، «تفسير المنار» للمرحوم محمد رشيد رضا، ج٢، ص٣٧٤.

(٩٣١٢) «بداية المجتهد» لابن رشد، ج٢، ص٧٠.

الرجعي: «أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة»(٩٣١٣).

٧٥٢٣ ـ هل تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول:؟

عند الحنفية والشافعية والمالكية، لا تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول بالنسبة لحق الزوج في إرجاع زوجته إذا طلّقها بعد الخلوة الصحيحة دون دخول بها حقيقة؛ ولهذا يقع الطلاق عندهم في هذه الحالة طلاقاً بائناً. وعند الحنابلة تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول حتى إنه لو طلّقها قبل الدخول بها ولكن بعد الخلوة الصحيحة بها، جاز له إرجاعها باعتبار أن طلاقه طلاق رجعي، وقد بيّنا ذلك من قبل(٩٣١٤).

٧٥٢٤ ـ الشرط الثاني: أن لا يقرن الطلاق بعوض:

أن لا يكون الطلاق مقروناً بعوض، كما في الخُلْع؛ لأن الزوجة المختلعة إنما قد منحت المال لزوجها حتى يطلّقها، وهذا الغرض المشروع لا يتحقق لها إذا كان الطلاق رجعياً، إذ يستطيع الزوج إرجاعها في الطلاق الرجعي، فكان الواقع عن طريق الخلع الطلاق البائن لا الرجعي ـ كما سنفصله فيما بعد إن شاء الله تعالى ـ. وقد أشار إلى هذا الشرط الإمام ابن قدامة في «المغني» فقال: «أجمع أهل العلم على أن الحرّ إذا طلّق الحرّة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضي بينونتها، فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها»(٩٣١٥). وقال الإمام علاء الدين الكاساني في «بدائعه»: «وأما الصريح الرجعي، فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض. . .»(٩٣١٦).

٧٥٢٥ ـ الشرط الثالث: أن لا يكون الطلاق مكملاً للثلاث:

ويشترط في وقوع الطلاق الرجعي أن لا يكون مستوفياً الثلاث الطلقات التي يملكها الزوج في طلاقه الأخير، بمعنى أن الزوج إذا طلّق زوجته لأول مرة طلقة واحدة رجعية ثم أرجعها، ثم طلّقها طلقة رجعية أخرى ثم أرجعها، فيكون قد استوفى طلقتين من الطلقات الثلاث التي يملكها، فإذا طلّقها للمرة الثالثة فهذه الطلقة تعتبر بائنة ويقع الطلاق بها بائناً، وإلى هذا الشرط أشار صاحب «المغني» بقوله الذي ذكرناه عنه في الفقرة السابقة، ونعيده هنا إذ قال رحمه الله: «أجمع أهل العلم على أن الحرّ إذا طلّق الحرّة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر

(٩٣١٣) «البدائع» للكاساني، ج٣، ص١٠٩.

(٩٣١٤) الفقرتان ٧٢٥٢ و٧٢٥٣.

(٩٣١٥) «المغني» ج٧، ص٢٧٨.

(٩٣١٦) «البدائع» ج٣، ص١٠٩.

يقتضي بينونتها، فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها»[9317]. وقال الإمام الكاساني في «بدائعه»: «وأما الصريح الرجعي، فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصاً ولا إشارة. .»[9318].

٧٥٢٦ ـ الشرط الرابع: أن يقع الطلاق بألفاظ الطلاق الرجعي:

الطلاق الرجعي يقع باللفظ الذي يقع به الطلاق رجعياً، سواء كان هذا اللفظ صريحاً أو كناية، على اختلاف بين الفقهاء فيما يقع به الطلاق رجعياً من هذه الألفاظ. ونذكر فيما يلي هذه الألفاظ وما يقع بها من طلاق:

٧٥٢٧ ـ أولاً: ألفاظ الطلاق الرجعي الصريحة:

قال الإمام الكاساني وهو يتكلم عن اللفظ الصريح الذي يقع به الطلاق رجعياً فقال رحمه الله تعالى: «وأما الصريح الرجعي، فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة. . . ولا موصوفاً بصفة تنبىء عن البينونة، أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبهاً بعدد، أو وصف يدل عليها»[9319]، وبناء على ذلك إذا قال الزوج لزوجته: أنتِ طالق بائن، أو أنتِ طالق حرام، أو أنتِ طالق البتّة ونحو ذلك، وقع الطلاق بائناً لا رجعياً عند الحنفية. وقال الشافعي على ما ذكره الكاساني عنه، يقع بهذه الصيغ طلقة واحدة رجعية[9320].

٧٥٢٨ ـ ولو قال لها (أنتِ طالق أقبح الطلاق)، قال أبو يوسف: هو طلاق رجعي. وقال محمد صاحب أبي حنيفة: هو طلاق بائن. ولو قال لزوجته: أنتِ طالق للبدعة وقعت طلقة واحدة رجعية، وهذا كله عند الحنفية[9321].

ولو قال لها: أنتِ طالق مثل الجبل، فهي طلقة واحدة بائنة عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف هي طلقة رجعية. (وجه) قول أبي يوسف أن قوله: أنتِ طالق (مثل الجبل) يحتمل التشبيه بالتوحد؛ لأن الجبل بجميع أجزائه شيء واحد غير متعدد، فلا تثبت البينونة بالشك ولأبي حنيفة أن هذا التشبيه يقتضي زيادة لا محالة، وأنه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد؛ لأنه ليس بذي عدد لكونه واحداً في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع إلى الصفة وهي البينونة، فيحمل على التطليقة الواحدة البائنة لأنها المتيقن بها[9322].

(٩٣١٧) «المغني» ج٧، ص٢٧٨.

(٩٣١٨) «البدائع» ج٣، ص١٠٩.

(٩٣١٩) «البدائع» ج٣، ص١٠٩.

(٩٣٢٠) «البدائع» ج٣، ص١١٠.

(٩٣٢١) «البدائع» ج٣، ص١١٠.

(٩٣٢٢) «البدائع» ج٣، ص١١١.

٧٥٢٩ ـ مذهب الحنابلة في لفظ الطلاق الصريح الموصوف:

وعند الحنابلة، تقع طلقة واحدة رجعية باللفظ الصريح كما لو قال لها: أنتِ طالق. وكذلك تقع طلقة واحدة رجعية باللفظ الصريح الموصوف بالبينونة كما لو قال لها: أنتِ طالق واحدة بائنة. أو أنتِ طالق واحدة بتّة. فالطلاق بهذه الصيغ يقع طلاقاً رجعياً بطلقة واحدة رجعية؛ لأنه وصف الطلقة الواحدة بغير وصفها، فألغي ما وصفها به وبقي وصفها الأصلي وهو أنها طلقة واحدة رجعية(٩٣٢٣).

٧٥٣٠ ـ ثانياً: ألفاظ الكناية التي يقع بها الطلاق رجعياً:

قال الإمام الكاساني: وأما الكناية، فثلاثة ألفاظ من الكنايات رواجع ـ أي يقع بها الطلاق رجعياً ـ بلا خلاف، وهي قوله: اعتدّي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة. واختلف في البواقي من الكنايات، فقال أصحابنا ـ أي الحنفية ـ إنها بوائن ـ أي يقع بها الطلاق بائناً لا رجعياً ـ، وقال الشافعي: رواجع ـ أي يقع بها الطلاق رجعياً ـ(٩٣٢٤).

٧٥٣١ ـ مذهب الحنابلة في ألفاظ كنايات الطلاق:

وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ويقع مع النيّة بالكناية الظاهرة ثلاث تطليقات وإن نوى واحدة». وعن أحمد بن حنبل ـ رحمه الله ـ يقع بالكناية الظاهرة ما نواه، اختاره جماعة منهم أبو الخطاب، وعلى هذه الرواية، إن لم ينوِ مع الإتيان بالكناية الظاهرة بنيّة الطلاق عدداً، فواحدة كما لو قال لها: أنتِ طالق(٩٣٢٥).

وفي «كشّاف القناع» أيضاً: ويقع بالكناية الخفية ما نواه من واحدة أو أكثر. فإن لم ينوِ من أتى بكناية خفية عدداً، وقع تطليقه واحدة رجعية إن كانت مدخولاً بها(٩٣٢٦).

٧٥٣٢ ـ القول الراجح في ألفاظ الطلاق الرجعي:

والراجح، أن الطلاق يقع رجعياً باللفظ الصريح أو بلفظ الكناية، فيما عدا الطلاق قبل الدخول والطلاق بعوض والطلاق المكمل للطلاق الثلاث. لأن الطلاق قبل الدخول لا عدة فيه فلا يتصور فيه رجعة، فلا يقع فيه الطلاق رجعياً. وأما الطلاق بعوض، فإنما رضيت المرأة بدفع

(٩٣٢٣) «كشّاف القناع» ج٣، ص ١٥١-١٥٢.

(٩٣٢٤) «البدائع» ج٣، ص ١١١-١١٢.

(٩٣٢٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٥١، وقد بيّنا الكنايات الظاهرة عند الحنابلة في الفقرة ٧٤٧٣.

(٩٣٢٦) «كشّاف القناع» ج٣، ص ١٥١-١٥٢

المال إلى زوجها ليطلّقها وتتخلص من الرابطة الزوجية، ولا يتحقق لها هذا الأمر الجائز لها شرعاً بوقوع الطلاق الرجعي، وإنما بالطلاق البائن.

وأما الطلاق المكمل للثلاث، فهذا لا رجعة فيه وتبين به الزوجة بينونة كبرى، فلا يتصور فيه الطلاق الرجعي. وما عدا ذلك يقع الطلاق رجعياً باللفظ الصريح في الطلاق أو بلفظ الكناية؛ لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً كما بيّنا ذلك في الفرع السابق، ولا يخرج من هذا الأصل إلاّ ما أخرجه الشرع وجعله بائناً، وذلك في الحالات الثلاث التي ذكرناها وهي: الطلاق قبل الدخول، والطلاق بعوض، والطلاق المكمل للثلاث. وقد نصّ القرآن الكريم على هذه الحالات، ومعنى ذلك أن ما عداها يبقى على حكم الأصل في الطلاق وهو وقوعه رجعياً، وقد أشار إلى هذا الإمام ابن القيّم، فقال ـ رحمه الله تعالى :ـ «والقرآن قد بَيّن ذلك كله، فبَيّن أن الطلاق قبل الدخول تَبينُ به المرأة ولا عدة عليها. وبيّن أنّ المفتدية تملك نفسها ـ وهي التي تدفع مالاً لزوجها ليطلّقها ـ، ولا رجعة لزوجها عليها. وبيّنَ المطلّقة الطلقة المسبوقة بطلقتين قبله تَبْيَن منه وتحرُم عليه، فلا تحلّ له حتى تَنْكِحَ زوجاً غيره، وبيّن أنّ ما عدا ذلك من الطلاق فللزوج فيه الرجعة ـ أي أنّ الطلاق فيه يقع رجعياً ـ، وهو مخيّر بين الإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان»(٩٣٢٧).

٧٥٣٣ ـ حكم الطلاق الرجعي:

أولاً: ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج:

يملك الزوج إيقاع ثلاث طلقات على زوجته، والطلاق الرجعي ينقص عدد هذه الطلقات التي يملكها الزوج، فإذا طلّقها طلقة واحدة رجعية ثم راجعها في العدة، عادت إليه بما بقي له عليها من طلقات ـ أي طلقتين، أي يملك عليها إيقاع طلقتين ـ. فإن عاد وطلّقها طلقة واحدة رجعية ثم راجعها في العدة، عادت إليه بما بقي له عليها من طلقات ـ أي طلقة واحدة ـ.

أمّا إذا لم يراجعها في العدة حتى انقضت عدتها، فإنها في هذه الحالة تبيْن منه بينونة صغرى، فلا تحلّ له إلاّ بعقد نكاح جديد. فإذا تزوّجها بعقد نكاح جديد، فهل ترجع إليه بما بقي له عليها من طلقات، فإذا كان قد طلّقها واحدة رجعية عادت إليه وهو يملك عليها طلقتين، وإن كان قد طلّقها طلقتين عادت إليه وهو يملك عليها طلقة واحدة؟ أم إنها ترجع إليه وهو يملك عليها ثلاث طلقات باعتبار أنها رجعت إليه بعقد نكاح جديد؟ الجواب، ننظر: فإن تزوجها بعد

(٩٣٢٧) «إغاثة اللهفان» لابن القيم، ج١، ص ٢٩٩ـ٣٠٠.

انقضاء عدتها بعقد نكاح جديد قبل أن تتزوج هي زوجاً غيره، فإنه في هذه الحالة يملك عليها ما بقي له عليها من طلقات، فإن كان قد طلّقها واحدة بقيت له عليها طلقتان، وإن كان قد طلّقها طلقتين بقيت له عليها طلقة واحدة. ولا خلاف في هذا بين أهل العلم كما قال ابن قدامة في «المغني»[٩٣٢٨]. أمّا إذا تزوّجها بعد أن تزوجت زوجاً غيره ـ أي وبعد أن فارقها هذا الزوج وانقضت عدتها منه ـ، فإن في هذه الحالة شيئاً من التفصيل عند الفقهاء نبيّنه عند كلامنا عن أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى ـ إن شاء الله تعالى ـ.

٧٥٣٤ ـ ثانياً: حقّ الرجعة للزوج:

يكون للزوج حقّ إرجاع زوجته بمحض إرادته وبدون عقد نكاح جديد بشرط أن يكون إرجاعها في أثناء عدتها وقبل انقضائها لقوله تعالى: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا**﴾ وهذا محلّ اتفاق بين الفقهاء كما سنبيّنه فيما بعد ـ إن شاء الله تعالى ـ.

٧٥٣٥ ـ ثالثاً: بقاء الملك والحلّ:

الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحلّ ما دامت المطلّقة في العدة، فهي تبقى بحكم الزوجة، ويحلّ له منها ما يحلّ للزوج من زوجته. والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ...**﴾ أي أزواجهن أحق بردهن..، وجه الدلالة بهذه الآية الكريمة أنَّ (هن) في كلمة (بعولتهن) كناية عن المطلقات، فسماهم الله تعالى أزواجاً بعد الطلاق، ولا يكونون كذلك إلّا بعد قيام الزوجية، فدلَّ ذلك على أنَّ الزوجية قائمة بعد الطلاق الرجعي، ولهذا قلنا إن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ـ أي ملك النكاح ـ، فالنكاح قائم بما يترتب عليه من حقوق لكل من الزوجين على الآخر، وحيث إنَّ الزوج يُباح له شرعاً وطء زوجته، فللمطلّق طلاقاً رجعياً أن يطأ زوجته المطلّقة طلاقاً رجعياً؛ ولهذا قلنا إن الطلاق الرجعي لا يزيل الحلّ أي حلّ الوطء وغيره مما هو حلال بين الزوجين؛ لأن الزوجية تبقى، فتبقى هذه المطلّقة زوجة له ما دامت في العدة، ويعتبر الزوج بهذا الوطء مراجعاً له ـ كما سنبيّنه فيما بعد ـ.

٧٥٣٦ ـ ما يترتب على بقاء الملك والحلّ:

وقد ترتب على قيام النكاح في الطلاق الرجعي وبقاء الزوجية من كل وجه ما دامت العدة قائمة، أنّ للزوج المطلّق أن يوقع عليها الطلاق وهي في العدة، ويظاهر منها، كما يصح إيلاؤه منها، ويجري اللعان بينهما، ويتوارثان إذا مات أحدهما وهي في العدة، ويملك مراجعتها بغير

(٩٣٢٨) «المغني» ج٧ ص٢٦١، «البدائع» ج٣، ص١٨٠.

رضاها؛ لأن ملك النكاح قائم من كل وجه، ولو كان ملك النكاح زائلاً من بعض الوجوه دون بعض لكانت مراجعة الزوج لها وهي في العدة من قبيل إنشاء النكاح على الحرّة من غير رضاها من بعض الوجوه، وهذا لا يجوز.

وترتب أيضاً على اعتبار النكاح قائماً في عدة الطلاق الرجعي، عدم جواز نكاح الزوج المطلق من لا يجوز جمعها مع مطلقته كالأخت والعمة، فلا يجوز له أن يتزوج أخت أو عمة زوجته ما دامت هي في العدة. ولا يحلّ المهر المؤجل بهذا الطلاق؛ لأن الزوجية قائمة في الطلاق الرجعي ما دامت العدة قائمة، ولكن إذا انقضت العدة بدون مراجعة انقلب الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن فيحلّ عند ذاك المهر المؤجل. وما قلناه كله هو مذهب الحنفية[٩٣٢٩].

٧٥٣٧ ـ مذهب الشافعيّة:

وذهب الشافعية إلى أن ملك النكاح يبقى قائماً من وجه زائلاً في حقّ الوطء، فلا يحقّ للزوج المطلّق طلاقاً رجعياً أن يطأ مطلقته إلّا بعد إرجاعها؛ لأن الطلاق الرجعي يزول به حلّ الوطء؛ ولهذا إذا وطأها قبل أن يراجعها وجب عليه مهر المثل ولكن لا يعاقب بعقوبة الزنى، ولا يعزر إلّا إذا كان معتقداً تحريم وطئها قبل مراجعتها.

وما عدا الوطء وما يلحق به من وجوه الاستمتاع يبقى النكاح قائماً، وحقوق الزوجية ثابتة لكل منها على الآخر. وعلى هذا يجوز للزوج أن يطلّقها ما دامت في العدة، وحقّ الرجعة ثابت للزوج ما دامت في عدتها، وله أن يلاعنها ويظاهر منها، وإذا مات أحدهما وهي في العدة ورثه الآخر[٩٣٣٠].

٧٥٣٨ ـ وعند الحنابلة كما جاء في «المغني»: والرجعية ـ أي المطلقة رجعياً ـ يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولعانه ما دامت في العدة، ويرث أحدهما الآخر إذا حصلت وفاة أحدهما وهي في العدة، وإن خالعها صحَّ خلعه.

أما حلّ الوطء، فظاهر كلام الخرقي الحنبلي أنها محرّمة على زوجها قبل أن يرتجعها، ومعنى ذلك أنه لا يحلّ له وطؤها، وقد روي عن الإمام أحمد ما يدل على ذلك، وحكي ذلك أيضاً عن عطاء ومالك. وقال القاضي أبو يعلى الحنبلي: ظاهر المذهب أنه يحلّ له وطؤها وهي في عدة الطلاق الرجعي ويستمتع بها استمتاع الزوج بزوجته، ويدل على ذلك أن الإمام أحمد ـ

(٩٣٢٩) «البدائع» ج٣، ص ١٣٤ـ١٣٥، ١٨٠.

(٩٣٣٠) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٢٦٢، ٢٦٦، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٠.

رحمه الله ـ قال في رواية أبي طالب: لا تحتجب عنه، وتتشرف له ـ أي تظهر نفسها له ـ ما كانت في العدة. فظاهر هذه الرواية أنها حلال له، فله أن يسافر بها ويخلو بها ويطأها؛ لأنها في حكم الزوجة فتباح له هذه الأشياء كما كانت له مباحة قبل الطلاق[٩٣٣١].

٧٥٣٩ ـ مذهب الظاهرية:

مذهب الظاهرية في بقاء ملك النكاح والحلّ يوضحه ابن حزم بقوله: «أما المطلقة طلاقاً رجعياً، فهي زوجة للذي طلقها ما لم تنقض عدتها، يتوارثان ويلحقها طلاقه وإيلاؤه وظهاره ولعانه إن قذفها، وعليه نفقتها وكسوتها وإسكانها فإذْ هي زوجته فحلال له أن ينظر منها إلى ما كان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها، وأن يطأها، إذ لم يأت نصّ يمنعه من شيء من ذلك، وقد سماه الله تعالى «بعلاً» لها إذ يقول عزّ وجلّ: ﴿وَبُعُولَتُهنَّ أَحَقُّ بِردهِنَّ فِي ذَلكَ﴾[٩٣٣٢].

٧٥٤٠ ـ مذهب الجعفرية:

وعند الجعفرية: الطلاق الرجعي بطلقة واحدة أو بائنتين للحرّة لا يرفع أحكام النكاح، ولا يزيل ملك الزوج قبل مضي العدة، بل لا تزال الزوجية قائمة ما دامت المرأة في العدة، ويجوز للزوج المطلق الاستمتاع بها ووطؤها ويصير بذلك مراجعاً لها. وإذا مات أحدهما قبل انقضاء العدة ورثه الآخر. وله أن يراجعها ما دامت العدة قائمة. وله حق المراجعة ولو قال: لا رجعة لي. والمراجعة تكون بإرادته دون حاجة إلى رضاها، ودون حاجة إلى عقد نكاح جديد[٩٣٣٣].

الفرع الثالث

الرجعة

٧٥٤١ ـ تعريف الرجعة:

عرفها الحنابلة بقولهم: «الرجعة لغة: المرة من الرجوع. وشرعاً: إعادة مطلّقة غير بائن ـ أي مطلقة رجعياً ـ إلى ما كانت عليه بغير عقد»[٩٣٣٤].

(٩٣٣١) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص ٢٧٩-٢٨٠.

(٩٣٣٢) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٥١.

(٩٣٣٣) «الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية» للشيخ عبدالكريم الحلي، ص٦١ المادة ٢٣٠ و ٢٣١.

(٩٣٣٤) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٠٩.

وعـرفها الشافعية بقولهم: «الرجعة شرعاً: ردّ المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن ـ أي رجعي ـ في العدة على وجه الخصوص»[٩٣٣٥].

وعرفها المالكية بقولهم: «الرجعة عود الزوجة المطلقة ـ أي طلاقاً رجعياً ـ للعصمة من غير تجديد عقد»[٩٣٣٦].

٧٥٤٢ ـ التكييف الشرعي للرجعة:

قال الإمام علاء الدين الكاساني: «فالرجعة عندنا استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال، ونسخ السبب المنعقد لزوال الملك»[٩٣٣٧]. وفي «الفتاوى الهندية»: «الرجعة إبقاء النكاح على ما كان ما دامت في العدة»[٩٣٣٨]. وما ذكره الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ، هو التكييف الشرعي للرجعة، على ما يبدو، فالرجعة إبقاء الرابطة الزوجية، ومنعها من الزوال بفسخ السبب المنعقد لزوالها ـ أي الطلاق ـ وفسخه يكون بإبطال مفعوله بإرجاع الزوجة بإرادة الزوج وحده.

٧٥٤٣ ـ أدلة مشروعية الرجعة:

وقد دلّ على مشروعية الرجعة الكتاب، والسُّنَّة، والإجماع، والمعقول.

أولاً: من القرآن الكريم:

أ ـ قال الله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتانِ، فَإِمْساكٌ بِمعرُوفٍ أَو تَسرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. وقوله تعالى: ﴿فَإِمْساكٌ بِمعرُوفٍ﴾ أي إرجاع المطلقة وإيفاؤها حقوقها الشرعية[٩٣٣٩].

ب ـ وقوله تعالى: ﴿وإذا طَلَّقتُمُ النِّساءَ فَبلغنَ أجلهُنَّ فَأَمسِكُوهُنَّ بِمعرُوفٍ أَوْ سَرِّحوهُنَّ بِمعْرُوفٍ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَأَمسكُوهُنَّ بِمعرُوفٍ﴾ أي بإرجاعها قبل انقضاء العدة، والقيام بما يجب لها من حقوق على زوجها[٩٣٤٠].

جـ ـ وقـولـه تعـالى: ﴿والمُطَلَّقاتُ يَتربَّصْنَ بِأَنفُسهنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ. . .﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَبعولَتُهُنَّ أَحقُّ بِردِّهِنَ فِي ذَلِك. . .﴾ أي وأزواج المطلّقات أحقّ بردّهن، أي بإرجاعهن ما دُمْنَ في العدة ولم يستنفد الزوج ما يملكه من طلقات عليها[٩٣٤١].

(٩٣٣٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٥.

(٩٣٣٦) «الشرح الكبير» للدردير ج٢، ص٤١٥.

(٩٣٣٧) «البدائع» ج٣، ص١٨١.

(٩٣٣٨) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٤٦٨.

(٩٣٣٩) «تفسير القرطبي» ج٣، ص ١٢٦ـ١٢٧، والآية في سورة البقرة ورقمها ٢٢٩.

(٩٣٤٠) «أحكام القرآن» للجصّاص، ج١، ص٣٥٥، والآية في سورة البقرة ورقمها ٢٣١.

(٩٣٤١) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٢٠، والآية في سورة البقرة ورقمها ٢٢٨.

٧٥٤٤ ـ ثانياً: من السُّنَّة النبوية:

ومن السُّنّة النبوية الشريفة، قصة طلاق عبدالله بن عمر زوجته وهي حائض، وأمر النبي ـ ﷺ ـ عمر بن الخطاب بأن يأمر ابنه عبدالله بمراجعة زوجته، وقد مرَّ هذا الحديث وشرحه[٩٣٤٢].

٧٥٤٥ ـ ثالثاً: من الإجماع والمعقول:

أجمع أهل العلم أن الحرّ إذا طلّق الحرّة دون الثلاث أن له الرجعة في العدة[٩٣٤٣]. وأما المعقول فلأن الحاجة تمس إلى الرجعة؛ لأن الإنسان قد يطلّق امرأته ثم يندم، فيحتاج إلى التدارك، فلو لم تثبت له الرجعة لما أمكنه التدارك. ولا يقال: إنه يمكنه أن يعقد عليها عقد نكاح جديد؛ لأن المرأة قد لا توافقه[٩٣٤٤].

٧٥٤٦ ـ للزوج حقّ الرجعة:

قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ..﴾. فقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ صريح في أن الرجعة حقّ للزوج، فله وحده ردّ زوجته إلى عصمته ـ أي إلى ما كانت عليه قبل طلاقه واستدامة النكاح بهذا الردّ دون أن ينازعه أحد في هذا الحقّ أو يشاركه فيه، ودون توقف على رضا الزوجة ما دام يقع إرجاعها قبل انقضاء عدتها. وبهذا قال العلماء في تفسيرهم لهذه الآية: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ فمن أقوالهم في تفسيرها:

٧٥٤٧ ـ أقوال المفسيرين في آية ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ..﴾

أ: قال القرطبي: «أجمع العلماء على أن الحرّ إذا طلّق زوجته الحرّة وكانت مدخولاً بها تطليقة أو تطليقتين، أنه أحقّ برجعتها ما لم تنقضِ عدتها وإن كرهت المرأة»[٩٣٤٥].

ب: وقال الرازي: «وبعولتهن أحقّ برجعتهن في مدة التربص ـ العدة ـ.. ثم قال: لا حقَّ لغير الزوج في ذلك»[٩٣٤٦].

(٩٣٤٢) الفقرة ٧٣٣٩.

(٩٣٤٣) «المغني» ج٧، ص٢٧٣، «البدائع» ج٣، ص١٨١.

(٩٣٤٤) «البدائع» ج٣، ص١٨١.

(٩٣٤٥) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٢٠، والآية في سورة البقرة ورقمها ٢٢٨.

(٩٣٤٦) «تفسير الرازي» ج٦، ص٩٩.

جـ : وقال الزمخشري: «فإن قلتُ كيف جُعِلوا - أي أزواجهن - أحقّ بالرجعة كأنَّ للنساء حقّاً فيها؟ قلتُ: المعنى أنَّ الرجل إن أراد الرجعة وأبتها المرأة، وجب إيثار قوله على قولها وكان هو أحقّ منها. .»[٩٣٤٧].

د : وقال الآلوسي: «أزواج المطلقات أحقّ بردِّهن إلى النكاح والرجعة إليهن. . . إلى أن قال: إذ لا حقَّ للزوجة في الرجعة كما لا يخفى»[٩٣٤٨].

٧٥٤٨ - تفسير آية أخرى:

وقال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ**. . .﴾ إلى قوله تعالى: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾، والخطاب في هذه الآية للأزواج: ﴿**فأمسكوهنَّ**﴾ يعني بالرجعة، أو اتركوهن على حكم الطلاق الأول[٩٣٤٩] ومعنى ذلك أن حقّ الردّ والرجعة للزوج وحده.

٧٥٤٩ - حقّ الرجعة لا يسقط بالإسقاط:

حقّ الرجعة، أثبته الشرع للزوج على زوجته في الطلاق الرجعي، فله بحكم الشرع أن يرجع زوجته استدامة للنكاح بمحض إرادته. وإذا أسقطه بعد حصول سببه وهو الطلاق الرجعي لم يسقط؛ لأنه ثبت له بحكم الشرع، وما ثبت بالشرع لم يملك أحد إبطاله، وبهذا صرح الحنفية فقد قالوا: «ولو قال: أبطلت رجعتي، أو لا رجعة لي عليك، كان له الرجعة»[٩٣٥٠] وبهذا أيضاً قال الشافعية[٩٣٥١].

٧٥٥٠ - للزوج أن لا يراجع مطلقته:

وإذا كانت الرجعة حقّاً للزوج على مطلقته، فله أن يباشر هذا الحقّ فيردها وبهذا يبطل عمل الطلاق وهو بينونتها بعد انقضاء عدتها، كما له أن لا يستعمل هذا الحق فلا يراجعها، بل يتركها حتى تنقضي عِدتها فتبين منه، وعلى هذا دلّ قوله تعالى: ﴿**فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾. وقوله تعالى: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾. والمعنى في

(٩٣٤٧) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٤٧٢.

(٩٣٤٨) «تفسير الآلوسي» ج٢، ص١٣٤.

(٩٣٤٩) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج٤، ص١٨٢١.

(٩٣٥٠) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٤٧٠.

(٩٣٥١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٧.

الآيتين الكريمتين: إما إرجاع المطلقات رجعياً ما دُمْنَ في العدة، وإما تركهن بلا رجعة حتى تنقضي عدتهن(٩٣٥٢).

٧٥٥١ - هل تصير الرجعة واجبة على الزوج؟

وإذا كانت الرجعة حقّاً للزوج على مطلقته في الطلاق الرجعي، وأن الخيار له في إرجاعها وعدم إرجاعها، إلّا أنه قد تصير الرجعة واجبة عليه، وذلك إذا طلقها وهي حائض أو طلقها في طهر مسّها فيه.

٧٥٥٢ - الرجعة الواجبة في طلاق الحائض:

وقد دلّ على وجوب مراجعة الحائض المطلقة طلاقاً رجعياً حديث ابن عمر الذي أخرجه البخاري وغيره وفيه: أن ابن عمر طلّق زوجته وهي حائض فأخبر عمر - رضي الله عنه - رسول الله - ﷺ - بذلك، فقال ﷺ لعمر: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْها». وقد أخذ بعض الفقهاء بوجوب الرجعة في هذه الحالة(٩٣٥٣).

٧٥٥٣ - الرجعة الواجبة في الطلاق الواقع في الطهر:

وكذلك لو طلّقها في طهر قد مسَّها فيه، فإن الرجعة تجب قياساً على وجوبها في طلاق الحائض بجامع أن كليهما طلاق بدعي، وبهذا قال بعض المالكية كما ذكرنا من قبل(٩٣٥٤).

٧٥٥٤ - أركان الرجعة:

جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وأركانها - أي الرجعة - ثلاثة: مرتجِع، وصيغة، وزوجة. فأما الطلاق فهو سبب لا ركن من أركانها»(٩٣٥٥)، وعند الحنفية للرجعة ركن واحد فقد جاء في «البدائع» للكاساني: «وأما ركن الرجعة فهو قول أو فعل يدل على الرجعة، أما القول، فنحو أن يقول لها: راجعتك، وأما الفعل الدال على الرجعة فهو أن يجامعها...»(٩٣٥٦). فالحنفية يقصرون ركن الرجعة على ما تحصل به الرجعة من قول أو فعل - أي «الصيغة» - كما يقول الشافعية، والصيغة، أو ما تحصل به الرجعة من قول أو فعل يستلزم

(٩٣٥٢) «تفسير القرطبي» ج٣، ص ١٢٦-١٢٨، ج١٨، ص١٥٧، والآية الأولى في سورة الطلاق ورقمها ٢، والآية الثانية في سورة البقرة ورقمها ٢٢٩.

(٩٣٥٣) الفقرات ٧٣٧٢-٧٣٧٩.

(٩٣٥٤) الفقرات من ٧٤٠٠-٧٤٠٥.

(٩٣٥٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٥.

(٩٣٥٦) «البدائع» ج٣، ص١٨٣.

وجود قائل ذلك أو فاعله ـ أي المرتجِع ـ وهو الزوج، كما يستلزم من يراجعها الزوج وهي الزوجة المطلقة. فعناصر الرجعة: مرتجِع، ومرتجعَة وصيغة. وهذه يعتبرها الشافعية أركاناً للرجعة. أما الحنفية فيعتبرون الصيغة ـ أي ما تحصل به الرجعة ـ هي وحدها ركن الرجعة، وهذه تستلزم وجود المرتجِع والزوجة المطلّقة. ونختار ما قاله الشافعية في أركان الرجعة تسهيلاً للبحث.

٧٥٥٥ ـ الركن الأول: المرتجِع:

المرتجِع هو الزوج المطلق، ويشترط فيه جملة شروط ليصح منه ارتجاع زوجته التي طلّقها، كما أن عليه أن يقوم ببعض الأمور عند أو بعد مباشرة حقّه في الرجعة إما على وجه الوجوب، وإما على وجه الاستحباب، وهذه الأمور نذكرها بعد بيان شروط المرتجِع.

٧٥٥٦ ـ شروط المرتجِع: الشرط الأول:

أولاً: عند الشافعية:

قال الشافعية يشترط في الزوج المرتجِع أهلية النكاح بنفسه: بأن يكون بالغاً، عاقلاً، مختاراً، غير مرتد، ولا سكران بسبب غير محظور ـ كما لو شرب دواء فأسكره ـ، فإن كان سكره بسبب محظور بأن شرب المسكر متعمداً وهو يعلم أنه مسكر فأسكره فإن رجعته تعتبر صحيحة. ولو طلّق الزوج ثم أصابه جنون فلوليّه أن يباشر الرجعة عنه على الصحيح من مذهب الشافعية. وتصح عندهم رجعة المحرم بحج أو عمرة؛ لأن له أهلية النكاح بنفسه، وإنما الإحرام مانع من صحة إنشاء النكاح، فلا يشمل هذا المنع صحة رجعته(٩٣٥٧).

٧٥٥٧ ـ ثانياً: عند المالكية:

قالوا: يشترط في المرتجِع أهلية النكاح، فلا يصح ارتجاع المجنون ولا السكران وإن كان سكره بطريق غير محظور بأن شرب المسكر جاهلاً أنه مسكر. ويصح عندهم ارتجاع المحرم بحج أو عمرة ما دامت له أهلية النكاح؛ لأن الإحرام مانع من صحة نكاحه وليس بمانع من صحة رجعته(٩٣٥٨).

٧٥٥٨ ـ ثالثاً: عند الحنابلة:

قالوا: لا تصح رجعة المجنون ويقوم بها عنه وليّه فقد قالوا: «ويملكها ـ أي الرجعة ـ ولي

(٩٣٥٧) «مغني المحتاج» ج٣، ص ٣٣٥-٣٣٦.

(٩٣٥٨) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» للدردير، ج٢، ص ٤١٥-٤١٦.

المجنون؛ لأنها حقّ للمجنون يخشى فواته بانقضاء العدة، فيملك استيفاءه له»[٩٣٥٩]. ومعنى ذلك أن العقل شرط لصحة المرتجِع ولهذا قام بالرجعة وليّ المجنون نيابة عنه للتعليل الذي ذكروه.

٧٥٥٩ ـ لم يذكر الحنابلة شرط البلوغ:

والحنابلة ومثلهم المالكية لم يذكروا البلوغ كشرط في المرتجِع كما ذكر ذلك الشافعية، والواقع أن لا حاجة لذكر هذا الشرط ـ البلوغ ـ؛ لأن ذكره يراد به الاحتراز عن الصبي، والصبي كما هو معلوم لا يصحّ طلاقه فلا تثبت له الرجعة؛ لأن الرجعة تكون في الطلاق الرجعي، وحيث لا طلاق فلا رجعة، وبالتالي لا حاجة لذكر البلوغ كشرط في المرتجِع مع شرط العقل، وقد نبّه لهذا المعنى صاحب «مغني المحتاج»[٩٣٦٠].

٧٥٦٠ ـ رابعاً: عند الحنفية:

قالوا: «لا تصحّ رجعة المجنون»[٩٣٦١]. ومعنى ذلك أنهم يشترطون فيه الغفلة، ولكن هذا في الرجعة بالقول، أما رجعة المجنون بالفعل ـ كالوطء ـ فقد قالوا: إنها صحيحة، فقد جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «رجعة المجنون بالفعل، ولا تصح بالقول»[٩٣٦٢].

٧٥٦١ ـ وقال الحنفية أيضاً: لا يشترط كون المرتجِع طائعاً مختاراً وجاداً وعامداً، فتصح عندهم الرجعة مع الإكراه والهزل واللعب والخطأ؛ لأن الرجعة استبقاء النكاح وإنه دون الإنشاء ـ إنشاء النكاح ـ ولم تشترط هذه الأمور للإنشاء، فلأن لا تشترط للإبقاء أولى، وقد جاء في الحديث النبوي الشريف: «ثلاثٌ جدُّهنَّ جدٌّ وهزلُهنَّ جد: النكاح، والرجعة، والطلاق»[٩٣٦٣].

٧٥٦٢ ـ الوكالة في الرجعة:

يجوز للزوج المطلق أن يوكل غيره في ارتجِاع زوجته المطلقة؛ لأن القاعدة في الوكالة أنها تصحّ فيما يملكه الموكل وتصح الوكالة فيه، والرجعة من هذا النوع، فالزوج المطلق يملك حقّ ارتجاع زوجته، والرجعة من الأشياء التي تصح الوكالة فيها، وقد صرح الفقهاء بذلك، فقد جاء في «المغني»: «ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة والعتاق؛ لأن الحاجة تدعو إليه كدعائها إلى التوكيل في البيع والنكاح»[٩٣٦٤].

(٩٣٥٩) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢١٠.

(٩٣٦٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٦.

(٩٣٦١) «رد المحتار» لابن عابدين، ج٣، ص٣٩٩.

(٩٣٦٢) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٤٧٠.

(٩٣٦٣) «البدائع» ج٣، ص ١٨٢-١٨٣.

(٩٣٦٤) «المغني» ج٥، ص٨١.

٧٥٦٣ ـ الشرط الثاني: قصد الإصلاح:

يشترط في المرتجِع لتكون رجعته على الوجه المشروع أن يقصد بها الصلاح والإصلاح وعدم الإضرار بالزوجة المرتجَعة، والأدلة على هذا الشرط ما يأتي:

٧٥٦٤ ـ الأدلة على شرط قصد الإصلاح:

الدليل الأول:
قوله تعالى: ﴿وَالمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾[٩٣٦٥]. وقد جاء في تفسير هذه الآية ما يدل على شرط قصد الإصلاح، فمن أقوال المفسرين:

أ: قال القرطبي في تفسير هذه الآية: «الرجل مندوب إلى المراجعة ولكن إذا قصد الإصلاح بإصلاح حاله معها وإزالة الوحشة بينهما، فأما إذا قصد الإضرار وتطويل العدة والقطع بها عن الخلاص من ربقة النكاح فحرام؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا﴾. ثم من فعل ذلك فالرجعة صحيحة وإن ارتكب النهي وظلم نفسه. ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلقنا عليه»[٩٣٦٦].

ب: وفي «تفسير ابن كثير»: «أي وزوجها الذي طلّقها أحقّ بردها ما دامت في عدتها إذا كان مراده بردها الإصلاح والخير»[٩٣٦٧].

جـ: وفي «تفسير الزمخشري»: «إن أرادوا بالرجعة إصلاحاً لما بينهم وبينهن وإحساناً إليهن، ولم يريدوا مضارتهن»[٩٣٦٨].

د: وفي «أحكام القرآن» للجصاص: «ودلّ على أنّ إباحة هذه الرجعة مقصورة على حال إرادة الإصلاح، ولم يرد بها الإضرار بها»[٩٣٦٩].

هـ: وفي «تفسير الرازي»: «وأما قوله تعالى: ﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ فالمعنى أن الأزواج أحقّ بهذه المراجعة إن أرادوا الإصلاح، وما أرادوا المضارة. وجعل الشرط في حلّ المراجعة إرادة الإصلاح، فإن قيل: إن كلمة (إن) للشرط، والشرط يقتضي انتفاء الحكم عند انتفائه، فيلزم إذا لم توجب إرادة الإصلاح أن لا تثبت حقّ الرجعة. والجواب: أن الإرادة صفة باطنة

(٩٣٦٥) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(٩٣٦٦) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٢٣.

(٩٣٦٧) «تفسير ابن كثير» ج١، ص٢٧١.

(٩٣٦٨) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٢٧٠.

(٩٣٦٩) «أحكام القرآن» للجصّاص، ج١، ص٣٧٣.

لا اطلاع لنا عليها، فالشرع لم يوقف صحة المراجعة عليها، بل جوازها فيما بينه وبين الله موقوف على هذه الإرادة حتى إنه لو راجعها لقصد المضارة استحق الإثم»(٩٣٧٠).

و : وفي «تفسير المنار»: «وإنما يكون بعد المرأة أحق بها في مدة العدة إذا قصد إصلاح ذات البين وحسن المعاشرة، وأما إذا قصد مضارتها فهو آثم بينه وبين الله تعالى بهذه المراجعة، فلا يباح للرجل أن يردّ مطلقته إلى عصمته إلا بإرادة إصلاح ذات البين ونيّة المعاشرة بالمعروف»(٩٣٧١).

٧٥٦٥ ـ الدليل الثاني على قصد الإصلاح:

قولـه تعـالى: ﴿**وَإذا طَلَّقتُمُ النِّسـاءَ فبَلَغنَ أَجلَهُنَّ فَأَمسِكُـوهُنَّ بمَعْـرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، وَلاَ تُمسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَل ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...**﴾(٩٣٧٢).

٧٥٦٦ ـ أقوال المفسرين في هذه الآية ـ آية الرجعة ـ:

أولاً: في «تفسير القـرطبي»: ﴿**وإذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ**﴾ أي قاربن بلوغ نهاية عدتهن ﴿**فـأَمْسِكُـوهُنَّ بِمَعْـرُوفٍ**﴾ بأن تقوموا بما يجب لها من حقوق على أزواجهن، ﴿**وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا**﴾. وقد روى مالك أن الرجل كان يطلّق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بهـا، ولا يريد إمسـاكها لكي يطول بذلك العدة عليها؛ وليضارها فأنزل الله تعالى: ﴿**وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِراراً لِتَعْتَدُوا..**﴾»(٩٣٧٣). وفي «تفسير الزمخشري» و«تفسير ابن كثير» مثل ما جاء في «تفسير القرطبي»(٩٣٧٤).

ثانياً: وفي «تفسير الـرازي»: «﴿**وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا**﴾ قال القفّال: الضرار هو المضـارة. ومنـه سوء العِشـرة وتضييق النفقة، وأما قوله: ﴿**لِتَعْتَدُوا**﴾ أي لا تضاروهن فتكونوا معتـدين أو لا تضـاروهن على قصـد الاعتداء عليهن، ﴿**وَمَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ، فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾ بتعريضها لعذاب الله»(٩٣٧٥).

ثالثاً: وفي «تفسير ابن العربي»: «وهذا يدل على أن الرجعة لا تكون إلا بقصد الرغبة، فإن قصد أن يمنعها النكاح ويقطع بها في أملها من غير رغبة اعتداء عليها فهو ظالم لنفسه، فلو عرفنا

(٩٣٧٠) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٠٠.

(٩٣٧١) «تفسير المنار» ج٢، ص٣٧٤.

(٩٣٧٢) سورة البقرة، الآية ٢٣١.

(٩٣٧٣) «تفسير القرطبي» ج٣، ص ١٥٥ـ١٥٦.

(٩٣٧٤) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٢٧٧، و«تفسير ابن كثير» ج١، ص٢٨١.

(٩٣٧٥) «تفسير الرازي» ج٦، ص ١١٧ـ١١٨.

ذلك نقضنا رجعته وإذا لم نعرف نفذت رجعته والله حسبه»[9376].

رابعاً: وفي «تفسير الألوسي»: «. . . ولا ترجعوهن للمضارة لتعتدوا أي لتظلموهن بالإلجاء إلى الافتداء. .»[9377].

خامساً: وفي «تفسير المنار»: «ولا تراجعوهن إرادة مضارتهن وإيذائهن للاعتداء عليهن بتعمد ذلك. . .»[9378].

٧٥٦٧ ـ خلاصة أقوال المفسرين:

وخلاصة أقوال المفسرين في الآيتين اللتين ذكرناهما أن الشرط في جواز الرجعة أن يكون بقصد الإصلاح وعدم المضارة للزوجة، بأن يقصد الزوج بإرجاعها أن يقوم بإيفائها حقوقها وبمعاشرتها بالحسنى، وليس قصده من إرجاعها إلحاق الضرر بها بتطويل عدتها، أو إمساكها دون إيفاء حقوقها ولا معاشرتها بالمعروف. وأن من يرجع لمطلّقته بقصد الإضرار بها فقد ظلم نفسه بتعريضه لسخط الله وعذابه، أما الرجعة نفسها فإنها تعتبر صحيحة في أحكام الدنيا ولكن مع الإثم بسبب قصده السيء، ومع الإثم استحقاقه العذاب في الآخرة.

٧٥٦٨ ـ أقوال الفقهاء في الرجعة بقصد الإضرار:

وبعد أن ذكرنا أقوال المفسرين في إرجاع المطلقة بقصد الإضرار بها في ضوء الآيتين الكريمتين، نذكر أقوال الفقهاء في الرجعة بقصد الإضرار أي في إرجاع المطلق مطلقته بقصد إلحاق الضرر بها.

أولاً: قال ابن حزم الظاهري: «إنما يكون البعل أحق بردّها ـ أي بإرجاعها ـ إن أراد إصلاحاً بنصّ القرآن»[9379].

ثانياً: وفي «الروض النضير» في فقه الزيدية قال الهادي ـ عليه السلام ـ: «تحرم مراجعتها ليمنعها من التزوج إذ هو إضرار بها، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾. وقد روى البيهقي عن مجاهد قال: الضرار أن يطلّق امرأته تطليقة ثم يراجعها عند آخر يوم من الأقراء، ثم يطلّقها ثم يراجعها عند آخر يوم يبقى من الأقراء، يضارها بذلك»[9380].

(٩٣٧٦) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج١، ص٢٠٠. (٩٣٧٧) «تفسير الألوسي» ج٢، ص١٤٣.

(٩٣٧٨) «تفسير المنار» ج٢، ص٣٩٧. (٩٣٧٩) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٥٣.

(٩٣٨٠) «الروض النضير» ج٤، ص٣٤٣.

ثالثاً: وفي «نيل الأوطار» قال الشوكاني: «فكل رجعة لا يراد بها الإصلاح ليست برجعة شرعية»[٩٣٨١].

٧٥٦٩ ـ وعامة الفقهاء لم يذكروا شرط إرادة الإصلاح وعدم قصد الإضرار من جملة شروط صحة الرجعة؛ لأن أحكام الدنيا تبنى على الظاهر. وقصد الإضرار من الأمور الخفية، وهي لا تناط بها صحة أو فساد التصرفات، وإنما يتعلق بها أحكام الآخرة من الثواب والعقاب، جاء في تفسير المنار: «وأما إذا قصد مضارتها فهو آثم بينه وبين الله تعالى بهذه المراجعة، فلا يباح للرجل أن يردّ مطلّقته لعصمته إلاّ بإرادة إصلاح ذات البين ونيّة المعاشرة بالمعروف. وكونه آثماً بينه وبين الله تعالى لإفادة أن ذلك محرم لأمر خفي يتعلق بالقصد، فلم يكن شرطاً في الظاهر لصحة الرجعة؛ لأن القاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر»[٩٣٨٢].

٧٥٧٠ ـ الخلاصة في شرط قصد الإصلاح وعدم الإضرار:

والخلاصة في شرط إرادة الإصلاح وعدم الإضرار لصحة الرجعة، أنه لا خلاف بين أهل العلم أن الرجعة التي شرعها الإسلام هي التي تكون بقصد الإصلاح وعدم قصد الإضرار بالزوجة المرتجعة، وهذا هو الشرط لصحتها فيما بين المرتجع وربه تعالى، فإن عريت الرجعة عن هذا الشرط أثم صاحب الرجعة وإن صحت في أحكام الدنيا؛ لأنه ليس كل ما يقضي القاضي بصحته وجوازه يكون صحيحاً وجائزاً عند الله تعالى، وفي هذا قال الإمام الرازي: «فالشرع لم يوقف صحة المراجعة على إرادة الإصلاح، بل جوازها فيما بينه وبين الله موقوف على هذه الإرادة حتى إنه لو راجعها بقصد المضارة استحق الإثم»[٩٣٨٣]. وقال صاحب «تفسير المنار»: «وما كل ما صحّ في نظر القاضي يكون جائزاً تديناً بين الإنسان وربه؛ لأن القاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر»[٩٣٨٤].

٧٥٧١ ـ وإذا كان الأمر كما بينا فإن الشأن بالمسلم أن يراعي هذا الشرط إذا قدر له في يوم من الأيام أن يكون زوجاً مرتجعاً حتى تكون تصرفاته سليمة ومقبولة عند الله تعالى، وليست سليمة ومقبولة فقط أمام القاضي وفي أحكام الدنيا.

٧٥٧٢ ـ إعلام الزوجة بالرجعة:

وإذا أرجع الزوج المطلّق زوجته، فهل يجب عليه إعلامها بارتجاعه لها أم لا يجب عليه

(٩٣٨١) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٥٣.
(٩٣٨٢) «تفسير المنار» ج٢، ص٣٧٤.
(٩٣٨٣) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٠٠.
(٩٣٨٤) «تفسير المنار» ج٢، ص٣٧٤.

ذلك؟ قال الظاهرية بالوجوب، وقال الجمهور بالندب والاستحباب، ونذكر فيما يلي أقوالهم وما استدلوا به:

٧٥٧٣ ـ القول الأول: يجب إعلام المرتجعة بالرجعة:

ذهب الظاهرية إلى وجوب إعلام المرتجعة بالرجعة فإن لم يفعل المرتجع ذلك، فلم يعلمها بإرجاعه لها فلا يعتبر مراجعاً، وفي هذا قال ابن حزم موضحاً مذهب الظاهرية ومحتجاً له: «إن راجع ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها حتى تنقضي عدتها غائباً كان أو حاضراً، وقد طلّقها وأعلمها بطلاقه وأشهد فقد بانت منه ولا رجعة له عليها إلا برضاها بابتداء نكاح... برهان ذلك أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكاً بمعروف قال تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ فالرجعة هي الإمساك ولا تكون بنص كلام الله تعالى إلا بمعروف، والمعروف هو إعلامها وإعلام أهلها إن كانت صغيرة أو مجنونة، فإن لم يعلمها لم يمسك بمعروف ولكن بمنكر. وقال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾ وإنما يكون البعل أحقَّ بردها إن أراد إصلاحاً بنص القرآن من كتمها الردَّ أو ردَّ بحيث لا يبلغها، فلم يرد إصلاحاً بلا شك، بل أراد الفساد فليس رداً ولا رجعة أصلاً»[٩٣٨٥].

٧٥٧٤ ـ القول الثاني ـ يستحب إعلام المرتجعة بالرجعة:

والقول الثاني ـ وهو قول الجمهور ـ: يستحب ولا يجب إعلام المرتجعة بالرجعة حتى إن ابن قدامة الحنبلي جعل عدم وجوب إعلام المرتجعة بالرجعة هو محلّ إجماع العلماء، فقد قال رحمه الله تعالى: «الرجعة لا تفتقر إلى وليّ ولا صَداق ولا رضا المرأة ولا علمها بإجماع أهل العلم..»[٩٣٨٦].

فكأن ابن قدامة ـ رحمه الله ـ لم يبلغه اشتراط الظاهرية إعلام المرتجعة، فقال ما قال من إجماع أهل العلم على عدم افتقار الرجعة إلى علمها.

٧٥٧٥ ـ أدلة القول الثاني:

وأدلة القول الثاني ـ وهو قول الجمهور ـ: أن الرجعة ليست عقداً، فلا تفتقر إلى ما يلزم لانعقاد العقد من رضا الطرفين أو علمهما به وبموضوعه، وإنما الرجعة تصرف بالإرادة المنفردة

(٩٣٨٥) «المحلى» ج١٠، ص٢٥٣.

(٩٣٨٦) «المغني» ج٧، ص٢٧٨.

للمرتجِع يراد بهذا التصرف استدامة النكاح، فلا يشترط لصحتها إعلام المرتجِع برجعته التي هي حقه على الخلوص. ومن هذا المعنى قال علاء الدين الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ: «وكذا إعلامها بالرجعة ليس شرطاً حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت؛ لأن الرجعة حقّه على الخلوص لكونه تصرفاً في ملكه بالاستيفاء والاستدامة، فلا يشترط فيه إعلام الغير»[9387].

وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «الرجعة لا تفتقر إلى وليّ ولا صداق ولا رضا المرأة ولا علمها بإجماع أهل العلم؛ لما ذكرنا أن الرجعية ـ أي المطلّقة طلاقاً رجعياً ـ في حكم الزوجة، والرجعة إمساك لها واستبقاء لنكاحها وإنما تشعث النكاح بالطلاق وانعقد به سبب زواله. فالرجعة تزيل شعثه وتقطع مضيه إلى البينونة، فلم يحتج لذلك إلى ما يحتاجه إليه ابتداء النكاح»[9388].

٧٥٧٦ ـ تعليل الكاساني استحباب إعلامها بالرجعة:

وإذا كان إعلام المرتجعة بالرجعة ليس بواجب عند الجمهور إلّا أنه مندوب إليه ومستحب، وفي هذا يقول علاء الدين الكاساني معلّلاً وجه الندب والاستحباب: «إعلامها بالرجعة ليس بشرط لكنه مندوب إليه ومستحب؛ لأنه إذا راجعها ولم يعلمها بالرجعة فمن الجائز أنها تتزوج عند مضي ثلاث حيض ـ مدة عدتها ـ ظناً منها أن عدتها قد انقضت، فكان ترك الإعلام فيه تسبباً إلى عقد حرام فاستحب له أن يعلمها»[9389].

٧٥٧٧ ـ الراجح، وجوب إعلام المرتجعة:

والراجح عندي قول الظاهرية، فيجب على المرتجِع إعلام مطلّقته بإرجاعها حتى تصحّ رجعته، وأدلة هذا الترجيح ما يأتي:

الدليل الأول: ما رواه الإمام ابن حزم بسنده أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ قال في امرأة طلّقها زوجها فأعلمها ثم راجعها ولم يعلمها حتى انقضت عدتها: قد بانت منه. وهذا قول القاضي شريح والحسن على ما ذكره ابن حزم. وروى ابن حزم أيضاً بسنده عن مالك قال: بلغني أن عمر بن الخطاب قال في الذي طلّق امرأته وهو غائب ثم يراجعها ولا يبلغها مراجعته، وقد بلغها طلاقه أنها إن تزوجت ولم يدخل بها زوجها الآخر أو دخل، فلا سبيل إلى زوجها الأول إليها[9390]. وهذا الخبر عن عمر بن الخطاب صريح في دلالته على وجوب إعلام المرتجعة

(٩٣٨٧) «البدائع» ج٣، ص١٨١.

(٩٣٨٨) «المغني» ج٧، ص٢٧٨.

(٩٣٨٩) «البدائع» ج٣، ص١٨١.

(٩٣٩٠) «المحلى» ج١٠، ص ٢٥٣-٢٥٤.

بالـرجعة؛ حتى تصح الرجعة ويبقى نكاح المرتجع، وأنه بدون هذا الإعلام تبين منه بمضي عدتها، وبالتالي يجوز لها نكاح زوج غير زوجها الأول.

الدليل الثاني: القول بأن الرجعة ليست عقداً، فلا تفتقر إلى إعلام الزوجة، وأن الزوج يستعمل خالص حقّه في الرجعة فلا يجب عليه إعلام الزوجة هذا الاحتجاج يرد عليه أن تصرفه بالـرجعـة أو بتـركها يتعلق به حلٌّ وحرمه، فقد تنقضي عدتها ولا يعلمها مطلّقها بارتجاعه، فتتزوج زوجاً آخر لأنها تجهل ارتجاعه لها، والمجهول كالمعدوم في حقّ الجاهل، فتقع المرأة في الحرام، ويكون زوجها المطلّق هو المتسبب في ذلك، فمن الواجب عليه أن يعلمها بالرجعة منعاً لها من الوقوع بالحرام، وإلا لم تصح رجعته، وبالتالي تبين منه فيحلّ لها أن تنكح زوجاً غيره، كما هو صريح قول الإمام الراشد عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ.

٧٥٧٨ ـ الإشهاد على الرجعة:

قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ..﴾[٩٣٩١]. والمعنى أن المـطلقـات طلاقـاً رجعياً إذا قاربن انقضـاء العدة ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ أي المراجعة بالمعروف أي بالرغبة الحقيقية في إرجاعهن من غير قصد المضارة في الرجعة بتطويل العدة عليهن أو بغير ذلك من وجوه المضارة ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ أي اتركوهن حتى تنقضي عدتهن فيملكن أنفسهن[٩٣٩٢].

٧٥٧٩ ـ تفسير قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾:

أولاً: في «تفسير الزمخشري»: «وأشهدوا» يعني عند الرجعة والفرقة جميعاً. وهذا الإشهاد مندوب إليه عند أبي حنيفة كقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ وعند الشافعي هو واجب في الرجعة مندوب إليه في الفرقة. وقيل: فائدة الإشهاد أن لا يقع بينهما التجاحد وأن لا يتهم في إمساكها؛ ولئلا يموت أحدهما فيدّعي الباقي ثبوت الزوجية ليرث»[٩٣٩٣]. ومعنى ذلك أن الآية تحتمل القول بأن الإشهاد على الرجعة مندوب إليه كما تحتمل القول بوجوب هذا الإشهاد؛ لأن الزمخشري لم يعترض على القول.

ثانياً: في «تفسير الرازي»، ذكر الإمام الرازي ما قاله الزمخشري بنفس كلماته وزاد عليها قوله: «وقيل: الإشهاد إنما أمروا به للاحتياط مخافة أن تنكـر المرأة المراجعة، فتنقضي العدة،

(٩٣٩١) سورة الطلاق، الآية ٢.

(٩٣٩٢) «تفسير القرطبي» ج١٨، ص١٥٧.

(٩٣٩٣) «تفسير الزمخشري» ج٤، ص٥٥٥.

فتنكح زوجاً»[٩٣٩٤]. ومعنى ذلك أن الآية تحتمل القولين في وجوب الإشهاد على الرجعة وفي استحبابه لا وجوبه؛ لأن الرازي لم يعترض على هذين القولين كما هو موقف الزمخشري.

ثالثاً: وفي تفسير الآلوسي: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ عند الرجعة إن اخترتموها أو الفرقة إن اخترتموها تبرياً عن الريبة وقطعاً للنزاع، وهذا أمر ندب كما في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾. وقال الشافعي في القديم: إنه للوجوب في الرجعة»[٩٣٩٥]. ويبدو أن الآلوسي يرجح القول بأن الإشهاد على الرجعة مندوب إليه.

رابعاً: وفي «تفسير ابن العربي»: «وهذا ظاهر في الوجوب بمطلق الأمر عند الفقهاء، وبه قال أحمد بن حنبل في أحد قوليه، والشافعي»[٩٣٩٦]. ويبدو أن ابن العربي ـ رحمه الله ـ يميل إلى أن الإشهاد ليس للوجوب، فلا تحتاج الرجعة لصحتها الإشهاد عليها، لأنه قال في معرض ردّه على الشافعية: وهذا فاسد مبني على أن الإشهاد في الرجعة تعبّر، ونحن لا نسلم فيها ولا في النكاح بل نقول: إنه ـ أي الإشهاد ـ موضوع للتوثق»[٩٣٩٧] ومعنى ذلك أن الرجعة صحيحة عند ابن العربي بدون إشهاد، وأن الأمر بالإشهاد عليها (للتوثق) وليس لوقوعها صحيحة.

خامساً: وفي «تفسير ابن كثير»: «وقال ابن جريج كان عطاء يقول: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ قال لا يجوز في نكاح ولا طلاق ولا رجاع إلّا شاهدا عدل كما قال الله ـ عزّ وجلّ ـ إلا أن يكون من عذر»[٩٣٩٨].

سادساً: وقال الإمام الجصّاص معلّلاً استحباب الإشهاد على الرجعة وعدم وجوبه بدلالة هذه الآية، بقوله: «قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ أمر تعالى بالإشهاد على الرجعة والفرقة أيتهما اختار الزوج. لأنه لما جعل له الإمساك أو الفراق ثم عقبه بذكر الإشهاد كان معلوماً وقوع الرجعة إذا راجع وجواز الإشهاد بعدها إذ لم يجعل الإشهاد شرطاً في الرجعة. وأيضاً لما كانت الفرقة حقّاً له وجازت بغير إشهاد وكانت الرجعة حقّاً له وجب أن تجوز بغير إشهاد»[٩٣٩٩].

(٩٣٩٤) «تفسير الرازي» ج٣٠، ص٣٤.

(٩٣٩٥) «تفسير الآلوسي» ج٢٨، ص١٣٤.

(٩٣٩٦) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج٤، ص١٨٢٣.

(٩٣٩٧) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج٤، ص ١٨٢٣-١٨٢٤.

(٩٣٩٨) «تفسير ابن كثير» ج٤، ص٣٧٩.

(٩٣٩٩) «أحكام القرآن» للجصّاص، ج٣، ص ٤٥٥-٤٥٦.

٧٥٨٠ ـ خلاصة أقوال المفسرين في الإشهاد على الرجعة:

ويخلص لنا من أقوال المفسرين في الإشهاد على الرجعة في ضوء ما فهموه من دلالة قوله تعالى: **﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾** أن هذه الآية تحتمل القول باستحباب الإشهاد على الرجعة كما تحتمل القول بوجوبه، وأن بعضهم يرجح دلالة الآية على استحباب الإشهاد لا على وجوبه كالإمام الجصّاص، وأن الإمام ابن كثير يميل إلى القول بوجوب الإشهاد حيث روى هذا القول عن عطاء ولم يعقب عليه.

٧٥٨١ ـ أقوال الفقهاء في الإشهاد على الرجعة:

أولاً: مذهب الحنفية:[٩٤٠٠]

عندهم الشهادة ليست بشرط لجواز الرجعة، وبالتالي لا يجب على المرتجع أن يشهد على رجعته حتى تصح، ولكن يستحب له أن يشهد عليها؛ لأن الشهادة شرط ابتداء عقد النكاح وإنشائه وليست شرطاً لبقائه، والرجعة إبقاء عقد النكاح، فلا يشترط لها الشهادة.

٧٥٨٢ ـ أما وجه استحباب الشهادة على الرجعة، فلأن المرتجع إذا لم يشهد على الرجعة، فإنه لا يأمن أن تنقضي العدة فلا تصدقه المرأة في الرجعة ويكون القول قولها بعد انقضاء العدة فندب الإشهاد لهذا السبب، وعلى استحباب الإشهاد على الرجعة تحمل الآية الكريمة: **﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾** وفي هذه الآية ما يدل على أن المراد بالأمر بالإشهاد استحبابه لا وجوبه، ففي هذه الآية قوله تعالى: **﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾** جمع سبحانه وتعالى بين الرجعة والفرقة وأمر بالإشهاد على أيهما يختار. ومعلوم أن الإشهاد على الفرقة ليس بواجب، بل هو مستحب كذا الرجعة.

٧٥٨٣ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

جاء في «المهذب» للشيرازي في فقه الشافعية: «وهل يجب الإشهاد على الرجعة؟ فيه قولان: (أحدهما): يجب لقوله تعالى: **﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمُ﴾**؛ ولأنها استباحة بُضع مقصود فلم يصح من غير إشهاد كالنكاح. **(الثاني)**: أن الإشهاد مستحب؛ لأنها لا تفتقر إلى الوليّ، فلا تفتقر إلى الإشهاد كالبيع»[٩٤٠١].

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية أيضاً: «الأظهر أنه لا يشترط في الرجعة الإشهاد بها؛

(٩٤٠٠) «البدائع» ج٣، ص١٨١.

(٩٤٠١) «المهذب وشرح المجموع» ج١٦، ص٢٦٩.

لأنها في حكم استدامة النكاح السابق. والقول القديم للشافعي ـ رحمه الله ـ يشترط الإشهاد لكون الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح، ولظاهر قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ وحجّة القول الأظهر أن الأمر بالإشهاد في الآية الكريمة محمول على الندب والاستحباب كقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾؛ ولأن الإشهاد وجب على النكاح لإثبات الفراش ـ الزوجية ـ، وهو ثابت هنا»[٩٤٠٢].

٧٥٨٤ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

جاء في «بداية المجتهد» لابن رشد: «واختلفوا: هل الإشهاد شرط في صحتها ـ أي الرجعة ـ أم ليس بشرط؟ ذهب الإمام مالك إلى أنه مستحب. وذهب الشافعي ـ في قوله القديم ـ إلى أنه واجب. وسبب الخلاف معارضته القياس للظاهر، وذلك أن ظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ يقتضي الوجوب. وتشبيه هذا الحقّ ـ حقّ الارتجاع ـ بسائر حقوق الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهاد، فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب»[٩٤٠٣].

وقال الفقيه ابن جزي المالكي: «والإشهاد على الرجعة مستحب في مشهور المذهب»[٩٤٠٤].

٧٥٨٥ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فأما الشهادة على الرجعة ففيها روايتان: **(إحداهما)**: تجب؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ وظاهر الأمر الوجوب؛ ولأنها استباحة بُضع فوجبت الشهادة فيها كالنكاح. **(والثانية)**: لا تجب الشهادة وهي اختيار أبي بكر من الحنابلة؛ لأنها لا تفتقر إلى قبول، فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج؛ ولأن ما لا يشترط فيه الوليّ لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع. وعند ذلك يحمل الأمر بالإشهاد على الاستحباب. ولا خلاف بين أهل العلم في أن السنة الإشهاد»[٩٤٠٥]. والرواية الثانية في مذهب الحنابلة هي التي أخذت بها فقهاء الحنابلة

(٩٤٠٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٦.

(٩٤٠٣) «بداية المجتهد» لابن رشد المالكي، ج٢، ص٧٠.

(٩٤٠٤) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص٢٥٩.

(٩٤٠٥) «المغني» ج٧، ص ٢٨٢-٢٨٣.

المتأخرون، فقد صرحوا بأن الإشهاد على الرجعة ليس بشرط لصحتها، ولكن يندب الإشهاد ويستحب[9406].

٧٥٨٦ ـ خامساً: قول شيخ الإسلام ابن تيمية:

قال شيخ الإسـلام ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ: «ولا تصح الرجعة مع الكتمان بحال. وروي عن أبي طالب قال: سألت أحمد بن حنبل عن رجل طلّق امرأته وراجعها واستكتم الشهود حتى انقضت العدة. قال: يفرق بينهما ولا رجعة له عليها. ثم قال ابن تيمية: ويلزم إعلان التسريح والخلع والإشهاد كالنكاح دون ابتداء الفرقة»[9407].

٧٥٨٧ ـ سادساً: مذهب الجعفرية:

جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «ولا يجب الإشهاد في الرجعة، بل يستحب»[9408].

٧٥٨٨ ـ سابعاً: مذهب الظاهرية:

عندهم الإشهاد على الرجعة واجب، قال الإمام ابن حزم الظاهري: «فإن راجع ولم يشهد، فليس مراجعاً لقولـه تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾. قرن عزّ وجلّ بين المراجعة والطلاق والإشهاد، فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، وكان كل من طلّق ولم يشهد ذوي عدل أو يراجع ولم يشهد ذوي عدل متعدياً لحدود الله تعالى، وقال رسول الله ـ ﷺ ـ: «من عملَ عملاً ليس عليه أمرُنا فهو ردٌّ»[9409].

٧٥٨٩ ـ القول الراجح في الإشهاد على الرجعة:

والذي أميل إلى ترجيحه أن الإشهاد على الرجعة شرط لصحتها واعتبارها، وهو واجب على الزوج المطلّق إذا أراد ارتجاعها.

(٩٤٠٦) «كشاف القناع» ج٣، ص٢١٠، «غاية المنتهى» ج٣، ص١٧٩.

(٩٤٠٧) «الاختيارات الفقهية» من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، اختارها علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي ص٢٧٣-٢٧٤.

(٩٤٠٨) «شرائع الإسلام» للحلي في فقه الجعفرية، ج٣، ص٣٠ ومثله في «النهاية» للطوسي، ص١٤.

(٩٤٠٩) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٥١.

٧٥٩٠ ـ أسباب الترجيح :

وأسباب الترجيح هي:

أولاً : قوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ وظاهره الوجوب، لأن الأصل في صيغة الأمر الوجوب، وهذا مستند الظاهرية، والرواية الأولى عن الإمام أحمد بن حنبل، وهو مستند قول عطاء ـ رحمه الله ـ على ما ذكره ابن كثير في «تفسيره» عنه[٩٤١٠].

ثانياً: وعن عمران بن حصين ـ رضي الله عنه ـ أنه سئل عن الرجل يطلّق امرأته ثم يقع بها ـ يجامعها ـ ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها، فقال: طلّقتَ لغير سنة وراجعت لغير سنة، أشهدْ على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعده. رواه أبو داود والبيهقي[٩٤١١] وقال الفقيه الشوكاني عن هذا الخبر: وقد استدل به من قال بوجوب الإشهاد على الرجعة[٩٤١٢].

ثالثاً: إن استكتام الشهود على الرجعة يسقط اعتبارها عند الإمام أحمد على ما جاء في رواية أبي طالب عن الإمام أحمد، كما ذكر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية، وذكرناه فيما سبق[٩٤١٣]. فعدم الإشهاد أصلاً أولى بعدم اعتبار الرجعة.

رابعاً: إن الإشهاد على الرجعة وما ينتج عنه عادة من شيوع الرجعة يمنع المرأة من إنكار وقوع الرجعة وفي هذا وقاية لها من الوقوع في الحرام بأن تتزوج بعد انتهاء عدتها بحجة عدم ارتجاع زوجها لها.

٧٥٩١ ـ الركن الثاني: المرتجَعة الزوجة المطلقة المراد ارجاعها:

المرتجَعَة هي الزوجة التي طلّقها زوجها طلاقاً رجعياً ويريد إرجاعها في أثناء عدتها لما له من حقّ في إرجـاعها. فما هي الشروط الواجب توافرها فيها حتى يثبت للزوج حقّ ارتجاعها وتصح رجعته؟ هذا ما نبيّنه في الفقرات التالية:

٧٥٩٢ ـ شروط المرتجَعَة: الشرط الأول:

يشترط أن تكون المرتجَعَة مطلَّقة طلاقاً رجعياً؛ لأن الرجعة لا تثبت إلّا في هذا النوع من

(٩٤١٠) الفقرة ٧٣٨١. ـ خامساً ـ.

(٩٤١١) «سنن أبي داود وشرحه عون المعبود» ج٦، ص ٢٥٣ـ٣٥٤، «سنن البيهقي» ج٧، ص٢٧٣.

(٩٤١٢) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٥٣.

(٩٤١٣) الفقرة ٧٥٨٨.

الطلاق، فلا تثبت في الطلاق البائن سواء كان بائناً بينونة صغرى أو كبرى، وعلى هذا إجماع أهل العلم[٩٤١٤].

٧٥٩٣ ـ الشرط الثاني: أن تكون في عدتها:

الشرط الثاني أن تكون المرتجَعَة في عدتها لقوله تعالى: ﴿وإذا طلَّقْتُمُ النِّساءَ فبلَغْنَ أجلَهُنَّ فأمْسِكُوهُنَّ بمعْرُوفٍ أوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٩٤١٥] أي إذا قاربن انتهاء عدتهن فأرجعوهن، أو فارقوهن بأن تتركوهن بلا مراجعة حتى تنقضي عدتهن. فإذا انقضت العدة لم يعد الزوج مالكاً حقّ إرجاعها لقوله تعالى: ﴿وإذا طلَّقْتُمُ النِّساءَ فبَلَغْنَ أجلَهُنَّ فلا تَعْضُلوهُنَّ أنْ يَنْكِحْنَ أزْواجَهُنَّ﴾[٩٤١٦]. ومعنى بلوغ الأجل هنا بلوغ نهاية العدة أي انقضائها، فلو ملك الزوج رجعتها بعد انقضاء عدتها لما جاء النهي للأولياء عن عضلهن عن النكاح[٩٤١٧]. وأيضاً فإن الرجعة تعني استدامة ملك النكاح، وهذا الملك يزول بانقضاء العدة، فلا تتصور الاستدامة؛ لأن الاستدامة تكون للشيء القائم لصيانته من الزواج وليس للشيء الذي زال[٩٤١٨]. وما ذكرناه من حقّ الزوج في الرجعة ما دامت الزوجة في عدتها، وسقوط حقّه في الرجعة بعد انقضاء عدتها، هو محلّ إجماع العلماء[٩٤١٩].

٧٥٩٤ ـ الشرط الثالث: أن تكون مدخولاً بها:

والشرط الثالث في المرتجَعَة أن تكون مدخولاً بها. وهذا الشرط في الحقيقة مفهوم؛ لأن الشرط في الرجعة أن تكون في عدة المرتجَعَة، والعدة تكون للمطلقة المدخول بها، أما المطلقة غير المدخول بها فلا عدة عليها، فلا يثبت عليها حقّ الرجعة، قال تعالى: ﴿يَا أيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إذا نَكَحْتُم المُؤْمنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أنْ تَمَسُّوهُنَّ فما لكُمْ علَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تعْتَدُّونَها، فمَتِّعُوهُنَّ وسَرِّحُوهُنَّ سَراحَاً جمِيلاً﴾[٩٤٢٠]. ومعنى هذا أن الزوج لا يملك حقّ الرجعة على مطلّقته قبل الدخول، وإنما يجوز له أن يتزوجها بعقد نكاح جديد، وعلى هذا إجماع أهل العلم[٩٤٢١].

(٩٤١٤) «المغني» ج٧، ص٢٧٨.

(٩٤١٥) سورة البقرة الآية ٢٣١.

(٩٤١٦) سورة البقرة الآية ٢٣٢.

(٩٤١٧) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٥٥، ١٥٨، ١٥٩، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٤٦٢.

(٩٤١٨) «البدائع» ج٣، ص١٨٣.

(٩٢١٩) «المغني» ج٧، ص٢٧٨.

(٩٤٢٠) سورة الأحزاب، الآية ٤٩.

(٩٤٢١) «المغني» ج٧، ص٢٧٤، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٧.

٧٥٩٥ ـ الشرط الرابع: أن يكون نكاح المرتجَعَة صحيحاً:

والشرط الرابع أن يكون النكاح الذي وقع فيه الطلاق الرجعي نكاحاً صحيحاً، فإذا كان فاسداً لم تثبت فيه الرجعة؛ لأن الرجعة يراد بها إدامة النكاح القائم ومنع زواله، والنكاح الفاسد واجب الإزالة بحكم الشرع، فلا تجوز فيه الرجعة حتى ولو حصل فيه دخول ووجبت على المرأة العدّة، وبهذا صرح الفقهاء، ففي «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «يصح ارتجاع من فيه أهلية النكاح طالقاً غير بائن في عدة نكاح صحيح». وقال الدسوقي تعليقاً على هذا القول: «وخرج بالنكاح الصحيح النكاح الفاسد، فإذا فسخ هذا النكاح ـ أي الفاسد ـ بطلاق أو بغيره، فليس للزوج رجعتها في عدة ذلك النكاح»[٩٤٢٢].

وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «أن يكون النكاح صحيحاً؛ لأن مَنْ نكاحها فاسد تبين بالطلاق فلا تمكن رجعتها؛ ولأن الرجعة إعادة إلى النكاح، فإذا لم تحلّ بالنكاح لعدم صحته، وجب أن لا تحلّ الرجعة إليه»[٩٤٢٣].

٧٥٩٦ ـ لا يشترط رضا المرتجَعَة:

ولا يشترط لصحة الرجعة رضا المرتجَعة؛ لأن رضا المرأة شرط في إنشاء عقد النكاح، وليس شرطاً في استدامة النكاح[٩٤٢٤]. وأيضاً فإن قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾[٩٤٢٥] صريح في أن الحق في الرجعة هو للزوج على الخلوص دون غيره، فلو شرط رضا الزوجة لم يكن الزوج أحق برجعتها منها؛ لأنه في هذه الحالة لا يملك الرجعة بدون رضاها، وهذا خلاف ما تدل عليه الآية الكريمة في أن حقّ الردّ ـ أي الرجعة ـ للزوج وحده[٩٤٢٦]. وأيضاً فإن قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ خطاب للأزواج بالرجعة، ولم يجعل للزوجات المطلقات رجعياً اختياراً في الرجعة. وأيضاً فإن الرجعة تعني إمساكاً للمرأة بحكم الزوجية، فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي هي في نكاحه ولم يطلّقها[٩٤٢٧]. ثُمَّ إن الرجعة شُرعت لتدارك ما قد عسى أن يكون الزوج قد وقع فيه من خطأ نتيجة تسرعه في طلاقها، فلو شرط رضا الزوجة لصحة الرجعة لفات هذا الغرض من تشريع الرجعة، إذ قد لا ترضى الزوجة

(٩٤٢٢) «الشرح الكبير» للدردير، و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص ٤١٥-٤١٦.

(٩٤٢٣) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٠٩.

(٩٣٢٤) «البدائع» ج٣، ص١٨١.

(٩٤٢٥) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(٩٤٢٦) «البدائع» ج٣، ص١٨١، «المغني» ج٧، ص٢٧٨.

(٩٤٢٧) «المغني» ج٧، ص٢٧٨.

بمراجعة زوجها لها، فلا يمكنه تدارك ما وقع منه من طلاق[٩٤٢٨]. وقد أجمع أهل العلم على ما قلناه ـ أي على عدم اشتراط رضا المرتجعة لصحة الرجعة ـ[٩٤٢٩].

٧٥٩٧ ـ الركن الثالث: صيغة الرجعة:

والركن الثالث للرجعة: ـ صيغة الرجعة ـ ونريد بها ما تقع وتحصل به الرجعة، وهو ما يصدر عن الزوج المطلق من قول أو فعل يدل على إرادته إرجاع زوجته التي طلّقها طلاقاً رجعياً. والأصل أن تكون الرجعة بالقول وهذه هي (الصيغة اللفظية للرجعة)، وقد تكون الرجعة بفعل، وهذه هي (صيغة الرجعة بالفعل أو الفعلية) ونتكلم فيما يلي عن الرجعة بالقول ثم عن الرجعة بالفعل.

٧٥٩٨ ـ الرجعة بالقول:

تصح الرجعة بالقول بلا خلاف بين أهل العلم، فقد جاء في «المغني»: «فأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف»[٩٤٤٠]. إلّا أنه يشترط في القول الذي تحصل به الرجعة صادراً من الزوج لا من الزوجة، حتى لو قالت للزوج: راجعتك لم تحصل بقولها الرجعة، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ أي أحقّ برجعتهن منهن، ولو كانت لها ولاية الرجعة لم يكن الزوج أحقّ بالرجعة منها. فظاهر النص يقتضي أن لا يكون لها ولاية الرجعة أصلاً إلّا أن جواز الرجعة بالفعل منها عرفناه ـ كما يقول الكاساني الحنفي ـ بدليل آخر[٩٤٤١].

٧٥٩٩ ـ الرجعة بالقول الصريح:

أ: مذهب الحنفية:

القول الذي تحصل به الرجعة صريح وكناية، جاء في «فتح القدير» في فقه الحنفية: ألفاظ الرجعة صريح وكناية، فالصريح: راجعتكِ في حال خطابها. وراجعتُ امرأتي في حال غيبتها وحضورها أيضاً. ومن الصريح: ارتجعتُكِ، ورجعتُكِ، ورددتُكِ، وأمسكتُكِ[٩٤٤٢].

(٩٤٢٨) «البدائع» ج٣، ص١٨١.

(٩٤٢٩) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٢٠، «المغني» ج٧، ص٢٧٨.

(٩٤٤٠) «المغني» ج٧، ص٢٨٤.

(٩٤٤١) «البدائع» ج٣، ص١٨٦.

(٩٤٤٢) «فتح القدير» ج٣، ص١٦١.

٧٦٠٠ - ب : مذهب الحنابلة:

وعند الحنابلة، الصريح من الألفاظ في الرجعة هي الألفاظ التي ذكرتها عند الحنفية، فقد جاء في «المغني» في فقه الحنابلة أن الألفاظ الصريحة في الرجعة هي: راجعتُكِ وارتجعتُكِ ورددتُك، وأمسكتُكِ؛ لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة، فالردّ والإمساك ورد بهما الكتاب العزيز بقوله تعالى: ﴿وبُعولَتُهُنَّ أَحقُّ بِردِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾. وقوله تعالى: ﴿فأَمسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾، والمراد بالردّ والإمساك: الرجعة. والرجعة وردت بها السنة بقوله ﷺ: «مُرْهُ فَلْيُراجِعْها» في حديث ابن عمر لما طلّق زوجته وهي حائض. وللاحتياط يقول الزوج في رجعته: راجعت امرأتي إلى نكاحي، أو يقول: راجعتها لما وقع عليها من طلاق[٩٤٤٣].

٧٦٠١ - جـ : مذهب الشافعية:

وعند الشافعية، الألفاظ الصريحة في الرجعة هي: راجعتُكِ، ورجعتُكِ، وارتجعتُكِ. وهذه الثلاثة صريحة لشيوعها وورود الأخبار بها، ويلحق بها ما اشتق من لفظها كقوله: أنت مراجَعة، أو مرتجَعَة، أو مسترجَعة ونحو ذلك.

وتحصل الرجعة بمعنى هذه الألفاظ من سائر اللغات، سواء كان المرتجع يعرف اللغة العربية أم لا، وسواء أضاف الرجعة إليه أو إلى نكاحه أم لا، ولكن يستحب أن يضيفها إليه كقوله: رجعتُكِ إلى نكاحي.

ولا يكفي مجرد أن يقول: راجعتُ أو ارتجعتُ، بل لا بدّ من إضافة ذلك إلى المرأة كأن يقول: راجعتُ فلانة، أو راجعتكِ أو راجعتُ هذه. والأصح أن الردّ والإمساك من الألفاظ الصريحة في الرجعة لورودهما في القرآن الكريم[٩٤٤٤].

٧٦٠٢ - د : مذهب المالكية:

وعند المالكية، تصح الرجعة بالقول الصريح ومثلوا له: بقول المرتجع: «رجعتُ زوجتي لعصمتي، وارتجعتُها وراجعتُها، ورددتُها إلى نكاحي». أما لفظ (أمسكتُ) فعندهم غير صريح[٩٤٤٥].

(٩٤٤٣) «المغني» ج٧، ص٢٨٤.

(٩٤٤٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٦.

(٩٤٤٥) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤١٦، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٧٢.

٧٦٠٣ ـ هـ : مذهب الظاهرية:

وعند الظاهرية، كما يبدو، الصريح في الرجعة هو أن يأتي المراجع بلفظ الرجعة كأن يقول: راجعتُكِ، فقد قال ابن حزم الظاهري: «فإن وطأها لم يكن بذلك مراجعاً لها حتى يلفظ بالرجعة»[٩٤٤٦].

٧٦٠٤ ـ و : مذهب الجعفرية:

وقال الجعفرية في الرجوع ـ أي في الرجعة ـ «فيصح إنشاؤه باللفظ مثل: رجعتُ بكِ، وراجعتُكِ، وارتجعتُكِ، وأرجعتُكِ إلى نكاحي»[٩٤٤٧].

٧٠٦٥ ـ تقع الرجعة باللفظ الصريح بلا نيّة:

والرجعة تقع باللفظ الصريح الدّالّ عليها بلا نيّة؛ لأن الإتيان به دليل على إرادة الرجعة، فقد جاء في «غاية المنتهى» في فقه الحنابلة: «وتحصل بلفظ راجعتُها، ورجعتُها، وارتجعتُها، وأمسكتُها، ورددتُها، ولو لم ينوِ»[٩٤٤٨].

وفي «فتح القدير» في فقه الحنفية: «ومن الصريح ارتجعتُكِ.. إلخ، وهذه يصير مراجعاً بها بلا نيّة»[٩٤٤٩]. وعلى هذا إجماع الفقهاء؛ لأن صراحة اللفظ ودلالته على معناه دليل وجود النيّة على الرجعة[٩٤٥٠].

٧٦٠٦ ـ الرجعة بألفاظ الكناية:

تقع الرجعة بلفظ الكناية مع النيّة. ومن ألفاظ الكناية: أنتِ عندي كما كنتِ، أنت امرأتي، فتقع الرجعة بهذه الألفاظ مع النيّة، وهذا مذهب الحنفية فقد قالوا: «والكناية: أنت عندي كما كنتِ. وأنت امرأتي. فلا يصير مراجعاً إلا بالنيّة»[٩٤٥١]. وهذا مذهب المالكية أيضاً، فقد قالوا: «لا تصحّ الرجعة بقول محتمل للرجعة وغيرها بلا نيّة، كقوله: أعدت الحلّ ورفعت التحريم.

(٩٤٤٦) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٥١.

(٩٤٤٧) «منهاج الصالحين» للحكيم، ج٢، ص١٦٦.

(٩٤٤٨) «غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى» ج٣، ص١٧٩.

(٩٤٤٩) «فتح القدير» ج٣، ص١٦١.

(٩٤٥٠) «فرق الزواج» لأستاذنا علي الخفيف، ص ٢١٦-٢١٧.

(٩٤٥١) «الفتاوى الهندية» ج١، ص ٤٦٨، «فتح القدير» ج٣، ص١٦١.

فالأول يحتمل لي ولغيري، والثاني يحتمل عني وعن غيري»[9452]. وهذا مذهب الشافعية ففي «نهاية المحتاج»: «وتحصل الرجعة بالصريح والكناية، فتصح بكناية مع النيّة»[9453].

وعند الحنابلة، في صحة الرجعة بألفاظ الكناية وجهان: **(الأول)**: لا تصح الرجعة بالكناية؛ لأن الرجعة استباحة بُضع مقصود، ولا تحصل بالكناية كالنكاح. **(الثاني)**: تحصل الرجعة بالكناية إذا نوى كما في كناية الطلاق[9454]. ولكن فقهاء الحنابلة المتأخرين أخذوا بعدم وقوع الرجعة بالكناية، فقد جاء في «كشّاف القناع»: «ولا تحصل الرجعة بنكحتها أو تزوجتها؛ لأن هذا كناية والرجعة استباحة بُضع مقصود، فلا تحلّ بالكناية كالنكاح»[9455].

٧٦٠٧ ـ لفظا النكاح والزواج في الرجعة:

وهل تقع الرجعة باستعمال المرتجِع لفظ النكاح أو لفظ الزواج، باعتبارهما من ألفاظ الكناية أو الصريحة في الرجعة؟ كما لو قال الزوج المطلِّق لمطلَّقته: تزوجتُكِ أو نكحتُكِ، أو قال: تزوجتُها أو نكحتُها أو تزوجتُ ـ فلانة ـ اسم مطلقته ـ أو نكحتُ فلانة. فهل هذه الألفاظ من الكناية أو الصريحة في الرجعة؟ اختلاف بين الفقهاء نوجزه في الآتي:

٧٦٠٨ ـ مذهب الحنابلة:

عند الحنابلة، لفظ الزواج وكذا لفظ النكاح لا يعتبران من الألفاظ الصريحة في الرجعة معلّلين ذلك بأن الرجعة ليست بنكاح، فهي عندهم من ألفاظ الكناية[9456].

٧٦٠٩ ـ مذهب الشافعية:

وعند الشافعية، هما من ألفاظ الكناية على القول الأصح في المذهب فقد قالوا: «والأصح أن التزويج والنكاح في قول المرتجِع: تزوجتُكِ أو نكحتُكِ، كنايتان لعدم اشتهارهما في الرجعة، ولأن ما كان صريحاً في بابه لا يكون صريحاً في غيره كالطلاق والظهار. **(والقول الثاني)**: هما صريحان؛ لأنهما صالحان للابتداء. فلأن يصلحا للتدارك أولى»[9457].

(٩٤٥٢) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤١٧.

(٩٤٥٣) «نهاية المحتاج في فقه الشافعية» ج٧، ص ٥٤ـ٥٥.

(٩٤٥٤) «المغني» ج٧، ص٢٨٤.

(٩٤٥٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٧.

(٩٤٥٦) «المغني» ج٧، ص٢٨٤.

(٩٤٥٧) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٦.

٧٦١٠ ـ مذهب الحنفية:

وعند الحنفية، إن راجعها بلفظ التزويج، جاز عند الإمام محمد ـ رحمه الله تعالى ـ وعليه الفتوى. ولو قال لها نكحتُكِ كان رجعةً في ظاهر الرواية[٩٤٥٨]. ويعلّل علاء الدين الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ وقوع الرجعة بلفظ التزويج والنكاح بقوله: «ولو قال لها نكحتُكِ أو تزوجتُكِ كان رجعة في ظاهر الرواية. وروي عن أبي حنيفة أنه لا يكون رجعة. (وجه) هذه الرواية عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه، فكان قوله: نكحتُكِ إثبات الثابت، وأنه محال فلم يكن مشروعاً فكان ملحقاً بالعدم شرعاً، فلم يكن رجعة بخلاف قوله: راجعتُكِ؛ لأن ذلك ليس بإثبات النكاح، بل هو استبقاء النكاح الثابت، وأنه محلّ للاستبقاء؛ لأنه انعقد سبب زواله، والرجعة فسخ السبب ومنع له عن العمل فيصح. (وجه) ظاهر الرواية أن النكاح وإن كان ثابتاً حقيقة، لكن المحلّ لا يحتمل الإثبات فيجعل مجازاً عن استبقاء الثابت؛ لما بينهما من المشابهة تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان[٩٤٥٩].

٧٦١١ ـ تعليق الرجعة وإضافتها إلى المستقبل:

أولاً: مذهب الحنفية:

الرجعة سواء كانت باللفظ الصريح أو بالكناية لا تصح إلا إذا كانت بصيغة منجّزة لا معلّقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل، وبهذا صرح الحنفية. فعندهم، من شروط صحة الرجعة أن تكون صيغتها منجزة لا معلّقة ولا مضافة إلى المستقبل، حتى لو قال لها: راجعتُكِ إن دخلتِ الدار. أو قال: راجعتُكِ رأس الشهر أو غداً، ففي جميع هذه الصيغ لا تصح الرجعة؛ لأنها إما معلقة بشرط، أو مضافة إلى وقت في المستقبل. وعلّلوا ذلك بأن الرجعة استبقاء ملك النكاح، فلا يحتمل التعليق على شرط ولا الإضافة إلى وقت في المستقبل، كما لا يحتملها إنشاء ملك النكاح وأيضاً فإن الرجعة تتضمن انفساخ الطلاق في انعقاده سبباً لزوال ملك النكاح ومنعه عن عمله في ذلك، فإذا علّق الرجعة بشرط أو أضافها إلى وقت في المستقبل، فقد استبقى الطلاق إلى غاية، واستبقاء الطلاق إلى غاية يكون تأبيداً له، إذ هو لا يحتمل التوقيت كما إذا قال لزوجته: أنتِ طالق يوماً أو شهراً أو سنة أنه لا يصح التوقيت ويتأبد الطلاق، فلا تصح الرجعة. وكذلك لا تصح الرجعة بشرط الخيار كما لو قال لها راجعتُكِ ولي الخيار لمدة يومين؛ لأن الرجعة استبقاء النكاح، فلا يحتمل شرط الخيار كما لا يحتمل إنشاء النكاح.

وإذا كان التعليق صورياً وقعت الرجعة منجزة، كما لو كان مدلول فعل الشرط الذي علقت

(٩٤٥٨) «الفتاوى الهندية» ج١، ص ٤٦٨-٤٦٩.

(٩٤٥٩) «البدائع» ج٣، ص١٨٣.

به الـرجعـة موجـوداً وقت التكلم بصيغة الرجعة فالصيغة منجزة، وبالتالي تصح الرجعة؛ لأن التعليق يكون صورياً والصيغة منجزة حقيقة. كما لو قال لها إن كنتِ فعلتِ ما أمرتك به فقد راجعتُكِ. وكان قد فعلت ما أمرها به، فالرجعة صحيحة وتقع حالاً؛ لأن الصيغة منجزة حقيقة وما قلناه كله مذهب الحنفية(٩٤٦٠).

٧٦١٢ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة:

لا تصح الرجعة عند الحنابلة إذا كانت بصيغة التعليق على شرط أو بصيغة الإضافة إلى وقت في المستقبل، فقد جاء في «المغني»: «ولا يصح تعليق الرجعة على شرط؛ لأنه استباحة فرج مقصود فأشبه النكاح، فلا تصح الرجعة إن قال لها: إن قدم أبوك فقد راجعتُكِ. أو يقول راجعتُـكِ إن شئتِ»(٩٤٦١). وفي «غاية المنتهى» في فقه الحنابلة: «لا تصح الرجعة إن كانت معلقة: كراجعتُكِ إن شئتِ، أو إن قدم زيد»(٩٤٦٢). وكذلك لا تصح الرجعة إذا أُضيفت إلى وقت في المستقبل؛ لأنهم قالوا: إنها كالنكاح، والنكاح لا يصح بإضافته إلى وقت في المستقبل، فقد قالوا: لا يصح النكاح بقوله: تزوجتُكِ إذا جاء رأس الشهر(٩٤٦٣). فكذا لا تصح الرجعة إذا قال: راجعتُكِ إذا جاء رأس الشهر، أو قال: راجعتُكِ بعد شهر.

٧٦١٣ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية:

ومذهبهم كمذهب الحنابلة والحنفية، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ولا تقبل الرجعة تعليقاً ولا تأقيتاً كالنكاح، فإن قال: راجعتُكِ لم تصح الرجعة»(٩٤٦٤). وفي «نهاية المحتاج» في فقه الشافعية: «ولا تقبل الرجعة تعليقاً: كراجعتُكِ إن شئتِ»(٩٤٦٥). وكذلك لا تصـح الرجعة مضافة إلى زمن في المستقبل؛ لأنهم قالوا الرجعة كالنكاح، والنكاح لا يصح مضـافاً إلى زمن في المستقبل، فقد جاء في «مغني المحتاج»: «ويشترط كون النكاح منجزاً وحينئذ لا يصح تعليقه كإذا طلعت الشمس فقد زوّجتُكَ ابنتي، ولا توقيته بمدة معلومة كشهر، أو مجهولة كقدوم زيد»(٩٤٦٦) وعلى هذا، لا تصح الرجعة مضافة إلى زمن في المستقبل كطلوع

(٩٤٦٠) «البدائع» ج٣، ص١٨٥، «شرح الأحكام الشرعية» للأبياني، ج١، ص ٣٢٤-٣٢٥.

(٩٤٦١) «المغني» ج٧، ص٢٨٥.

(٩٤٦٢) «غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى» ج٣، ص١٨٠.

(٩٤٦٣) «غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى» ج٣، ص٤١.

(٩٤٦٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٧.

(٩٤٦٥) «نهاية المحتاج» ج٧، ص٥٥.

(٩٤٦٦) «مغني المحتاج» ج٧، ص ١٤١-١٤٢.

الشمس أو غروبها أو هلال الشهر أو بعد يومين، كما لا يصح توقيتها لمدة يوم أو شهر؛ لأن تعليقه على مجيء وقت في المستقبل هو في الحقيقة مضاف إلى زمن في المستقبل وإن جاء بصيغة التعليق.

٧٦١٤ ـ رابعاً: مذهب المالكية:

جاء في «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «وفي إبطالها ـ أي الرجعة ـ حالاً أو مآلاً، ولا تصح رأساً إن لم تنجز بأن علّقت على شيء مستقبل ولو محققاً كغد، كأن قال: إذا جاء غد فقد راجعتُكِ. أوتبطل الرجعة الآن فقط، فلا يستمتع بها قبل الغد؟ فإذا جاء الغد صحت الرجعة وحلّت الزوجة له من غير استئناف رجعة؛ لأنها حقّ له، فله تعليقها وتنجيزها، وعليه لو انقضت عدتها قبل مجيء الغد لم تصح رجعتها بمجيئه؟ تأويلان أظهرهما: الأول فينبغي ترجيحه»[٩٤٦٧]. ومعنى هذا أن في مذهب المالكية قولين في تعليق الرجعة أو إضافتها إلى وقت في المستقبل (**القول الأول**): أن الرجعة لا تصح بالتعليق على شرط ولا بالإضافة إلى المستقبل. (**القول الثاني**): أنها تصح بالتعليق وبالإضافة، ولكن على الزوج أن يمتنع عن الاستمتاع بزوجته حتى يتحقق الشرط الذي علقت به الرجعة أو يأتي الزمن الذي أضيفت إليه الرجعة، فإذا حصل ذلك بأن تحقق الشرط أو جاء الزمن والزوجة في عدتها صحت الرجعة دون حاجة إلى تجديد مراجعتها، وإذا تحقق الشرط أو جاء الزمن المضافة إليه الرجعة والعدة قد انقضت، بطلت الرجعة وبانت الزوجة منه ووقعت الفرقة بينهما.

٧٦١٥ ـ الرجعة بالأفعال:

الرجعة كما تكون بالقول الصريح أو بالكناية على النحو الذي بيّناه، تكون الرجعة أيضاً بالأفعال، أي بفعل مادي يقوم به الزوج المرتجع تحصل به الرجعة لدلالة هذا الفعل على إرادة الزوج إرجاع مطلّقته. فما هذه الأفعال التي تعتبر دالّة على الرجعة، وتقع بها الرجعة صحيحة؟ هذا ما نبيّنه في الفقرات التالية في المذاهب المختلفة.

٧٦١٦ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

قال الإمام علاء الدين الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ: «وأما ركن الرجعة، فهو قول أو فعل يدل على الرجعة. . . وأما الفعل الدال على الرجعة فهو أن يجامعها أو يمسّ شيئاً من أعضائها لشهوة، أو ينظر إلى فرجها عن شهوة»[٩٤٦٨] ويعلّل الحنفية جواز المراجعة بفعل يدل عليها بأن

(٩٤٦٧) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٢٠. (٩٤٦٨) «البدائع» للكاساني، ج٣، ص١٨٣.

الرجعة عندهم استدامة النكاح القائم من كل وجه فلا تختص بالقول؛ لأن الفعل قد يقع دالاً على الاستدامة. والفعل الدال على استدامة النكاح هو الفعل الذي يختص بالنكاح، والذي يختص بالنكاح هو ما لا يجوز بغيره كالوطء وتقبيلها أو لمسها بشهوة أو النظر إلى فرجها عن شهوة. وقالوا أيضاً: لا فرق بين كون هذه الأفعال منها أو منه في كونه رجعة معتبرة وصحيحة إذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها. فإن كان اختلاساً منها بأن كان نائماً مثلاً ولم يكن بتمكينه لها أن تفعل ذلك، أو أنها فعلته وهو مكره أو معتوه، فقد ذكر بعض الحنفية ـ شيخ الإسلام وشمس الأئمة ـ أن على قول أبي حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافاً لأبي يوسف. (وجه قولهما) الاعتبار بالمصاهرة، إذ لا فرق في ثبوتها ـ ثبوت المصاهرة ـ بين كون ذلك منها أو منه. فمستند قول أبي حنيفة ومحمد القياس على ثبوت حرمة المصاهرة بهذه الأفعال سواء كانت منها أو منه. (وجه) قول أبي يوسف عدم اعتبار هذه الأفعال رجعة إذا صدرت منها، أن الرجعة حقّ للزوج المطلّق لا الزوجة المطلّقة فهو إذن الذي يراجع وليست هي[٩٤٦٩]. وفي «البدائع» للكاساني: «وكذا إن جامعته وهو نائم أو مجنون اعتبر ذلك رجعة؛ لأن ذلك حلال لها عندنا، فلو لم يُجعَل رجعة لصارت مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج، فجعل ذلك منها رجعة شرعاً ضرورة التحرز عن الحرام؛ ولأن جماعها كجماعه لها في باب التحريم فكذا في باب الرجعة. ثم قال الكاساني: وما ذكره أبو يوسف أن الرجعة لا تعتبر بغير اختيار الزوج يشكل بما إذا جامعته وهو نائم أنه تثبت الرجعة، من غير اختيار الزوج»[٩٤٧٠]. أما الخلوة والسفر بها فلا يعتبران رجعة إلا عند الإمام زفر، ورواية عن أبي يوسف[٩٤٧١].

٧٦١٧ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

قال الشافعية: لا تحصل الرجعة بفعل كوطء ومقدماته وإن نوى بذلك الرجعة لعدم دلالة ذلك على الرجعة كما لا يحصل النكاح بهذه الأفعال. ولأن الوطء يوجب العدة فكيف يقطعها[٩٤٧٢]. وفي «المهذب» للشيرازي: ولا تصح الرجعة إلا بالقول فإن وطأها لم يكن ذلك رجعة لاستباحة بُضع مقصود ـ فرج الزوجة ـ يصح بالقول، فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح»[٩٤٧٣]. ويوضح الإمام الكاساني الحنفي وجهة نظر الشافعي في عدم صلاحية الفعل لحصول الرجعة بقوله رحمه الله: «وعند الشافعي لا تجوز الرجعة إلا بالقول؛ لأن الرجعة

(٩٤٦٩) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص ١٦١-١٦٢.
(٩٤٧٠) «البدائع» ج٣، ص١٨٢، ١٨٣.
(٩٤٧١) «فتح القدير» ج٣، ص١٦٢.
(٩٤٧٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٧.
(٩٤٧٣) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٢٦٦.

عنده إنشاء النكاح من وجه، وإنشاء النكاح من كل وجه لا يجوز إلا بالقول، فكذا إنشاؤه من وجه»(٩٤٧٤).

٧٦١٨ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة:

تقع الرجعة عندهم بالوطء فقط دون غيره من مقدمات الجماع كالقبلة واللمس ولو بشهوة؛ لأن شيئاً من هذه الأفعال لا يدل على إرادة رجعتها دلالة ظاهرة فلا تعتبر، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وتحصل الرجعة بوطئها بلا إشهاد، نوى الرجعة أو لم ينوِ به الرجعة؛ لأن الطلاق سبب زوال الملك وقد انعقد مع الخيار، والوطء من المالك يمنع زواله كوطء البائع أَمَته في مدة الخيار، وكما ينقطع به التوكيل في طلاقها.

ولا تحصل رجعتها بمباشرتها من القبلة واللمس والنظر إلى فرجها بشهوة أو غيرها، ولا بالخلوة بها والحديث معها؛ لأن ذلك كله ليس في معنى الوطء إذ الوطء يدل على ارتجاعها دلالة ظاهرة بخلاف ما ذكر»(٩٤٧٥). وهذا الذي ذكرناه مذهباً للحنابلة نقلاً عن كشّاف القناع، قال عنه ابن قدامة الحنبلي: إنه إحدى الروايتين عن الإمام أحمد بن حنبل اختارها من الحنابلة ابن حامد والقاضي أبو يعلى الحنبلي، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاووس والزهري، والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي(٩٤٧٦).

٧٦١٩ ـ رابعاً: مذهب المالكية:

تقع الرجعة عندهم بفعل يدل عليها ولكن مع نيّة المراجعة بهذا الفعل، فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «ولا تصح رجعة بدون النيّة ولو بأقوى الأفعال كوطء، فأولى مباشرة». وقال الدسوقي تعليقاً على هذا القول: «وأما الفعل مع النيّة فإنه يحصل به الرجعة، والدخول عليها من جملة الفعل، فإن نوى به الرجعة كفى»(٩٤٧٧). ولكن ذهب ابن وهب من المالكية إلى صحة الرجعة بمجرد الوطء بلا نيّة(٩٤٧٨).

٧٦٢٠ ـ خامساً: مذهب الجعفرية:

تصح عندهم الرجعة بفعل يدل عليها كالوطء أو مقدماته ودواعيه إن كان بشهوة كالقبلة

(٩٤٧٤) «البدائع» ج٣، ص١٨١.

(٩٤٧٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص ٢١٠-٢١١.

(٩٤٧٦) «المغني» ج٧، ص٢٨٣.

(٩٤٧٧) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٤١٧.

(٩٤٧٨) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤١٨.

واللمس، فقد جاء في شرائع الإسلام في فقه الجعفرية: «تصح المراجعة نطقاً كقوله راجعتُكِ، وفعلاً كالوطء. ولو قبَّل أو لامس بشهوة كان ذلك رجعة ولم يفتقر استباحته إلى تقدم الرجعة؛ لأنها زوجته»[٩٤٧٩].

٧٦٢١ ـ سادساً: مذهب الظاهرية:

لا تصح الرجعة عندهم بالأفعال كالوطء؛ لأن الشرع لم يأت بصحة الرجعة بالأفعال وفي هذا قال ابن حزم الظاهري ـ رحمه الله تعالى ـ: «فإن وطأها لم يكن بذلك مراجعاً لها حتى يلفظ بالرجعة. . . ؛ لأنه لم يأت بأن الجماع رجعة قرآن ولا سُنّة. ولا خلاف في أن الرجعة بالكلام رجعة، فلا يكون رجعة إلّا بما صحَّ أنه رجعة، وقال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ والمعروف ما عرف به ما في نفس الممسك الراد، ولا يعرف ذلك إلّا بالكلام»[٩٤٨٠].

٧٦٢٢ ـ القول الراجح في الرجعة بالأفعال:

أ: والراجح، كما يبدو لي، أن الوطء بنية المراجعة يعتبر رجعة لدلالة هذا الفعل على إرادة المراجعة، وأن هذا القول هو أعدل الأقوال وأشبهها بالأصول، كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية فقد جاء في بعض «فتاواه»: «إن الوطء من الزوج مع نيّة المراجعة يعتبر رجعة وهو رواية عن أحمد، وهذا أعدل الأقوال وأشبهها بالأصول»[٩٤٨١].

ب: كما أرجح أن مقدمات الجِماع ـ الوطء ـ ودواعيه كالقُبْلَة واللمس بشهوة، تعتبر رجعة إذا كانت هذه الأفعال صادرة من الزوج بنيّة المراجعة، أو كانت صادرة من الزوجة ولكن بعلم الزوج ورضاه وعدم منعها من ذلك، أو بتمكينه لها بأن تفعل هذه الأفعال؛ لأنه في هذه الحالات يكون كأن قد فعلها وباشرها بنفسه. أما إذا باشرتها هي دون علمه أو دون تمكينه لها بفعلها فلا تعتبر رجعة؛ لأن الرجعة حقّ الزوج على الخلوص، فهو الذي يأتي بها بما يباشره من قول أو فعل. وأما ما ذهب إليه ابن حزم فلا حجة له فيه؛ لأن ورود الرجعة بالقول في القرآن والسُنّة لا يمنع صحتها بالأفعال، وأيضاً فقد ورد في القرآن الكريم ما يدل على صحة الرجعة بالأفعال، وقد أشار إلى ذلك الإمام الكاساني حيث قال: «وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ. .﴾ سمى القرآن الرجعة ردّاً، والردّ لا يختص بالقول كردّ المغصوب وردّ الوديعة، قال النبي ـ ﷺ ـ: «على اليد ما أخذت حتى ترد». وقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾، وقوله

(٩٤٧٩) «شرائع الإسلام» للحلي، ج٣، ص٣٠.

(٩٤٨٠) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص ٢٥١-٢٥٢.

(٩٤٨١) «الاختيارات الفقهية» من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص٢٧٣.

عز وجل: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ سمى الرجعة إمساكاً، والإمساك حقيقة يكون بالفعل»[٩٤٨٢].

جـ: كما أرجّح قول الإمام زفر، وهو رواية عن أبي يوسف، كما ذكرنا، أن الخلوة الصحيحة بالزوجة المطلّقة، أو السفر بها يعتبران رجعة، ولكن بشرط نيّة المراجعة عند الزوج المطلّق بهذه الخلوة أو السفر.

٧٦٢٣ ـ النزاع في الرجعة:

قد يحصل بين الزوج ومطلّقته نزاع بشأن الرجعة إما في أصل ثبوتها، أو في وقوعها، أو في بقاء العدة عند وقوع المراجعة، أو في غير ذلك مما له علاقة بموضوع الرجعة. والواقع أن هذا النزاع تحكمه قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية مثل قاعدة (البيّنة على المدّعي واليمين على المنكر)، ولكن الفقهاء يتكلمون عن المنازعات فيما يتعلق بالرجعة وكيفية الفصل فيها بعد فراغهم من الكلام عن أحكام الرجعة وشروطها. وقد رأيت من المفيد اتباعهم في هذا المسلك فاذكر ما يتعلق بالنزاع في الرجعة، والأصول أو القواعد العامة التي تحكم هذا النزاع.

٧٦٢٤ ـ أولاً: النزاع في أصل ثبوت الرجعة:

إذا راجع الزوج مطلّقته فادّعت أنه لا يملك عليها الرجعة؛ لأنه طلّقها طلاقاً بائناً فمراجعته لا تفيد. فهذا النزاع ينسحب إلى النزاع في نوع الطلاق الذي أوقعه عليها الزوج، فإذا أثبت أنه طلّقها طلاقاً رجعياً، كانت مراجعته صحيحة معتبرة إذا كان قد أوقعها في أثناء عدتها. وإن عجز عن الإثبات وأثبتت الزوجة أن طلاقها كان بائناً، ردت دعوى الزوج ولا اعتبار لادعائه أنه راجعها؛ لأن مراجعته كانت في عدة طلاقها البائن وهو لا يملك مراجعتها في عدة هذا الطلاق. وإذا أقام الزوج البيّنة على أنه طلّقها طلاقاً رجعياً، وأقامت الزوجة بأنه طلّقها طلاقاً بائناً، كان المعول على بيّنتها، فتكون هي الراجحة؛ لأنها جاءت بخلاف الظاهر، وأثبتت شيئاً جديداً؛ لأن الأصل في الطلاق أنه رجعي، والأصل بقاء الرابطة الزوجية حتى يوجد ما ينفي ذلك، وهذا متحقق في بيّنة الزوجة، فتقدم على بيّنة الزوج ويحكم القاضي بموجبها[٩٤٨٣]. وإذا عجز الاثنان عن تقديم البيّنة كان للزوج حقّ تحليفها اليمين.

٧٦٢٥ ـ ثانياً: النزاع في وقوع المراجعة:

إذا ادّعى الزوج أنه راجع زوجته في الزمن الماضي، كأن ادّعى أنه قال لها: راجعتُكِ أمس،

(٩٤٨٢) «البدائع» للكاساني، ج٣، ص١٨٢.

(٩٤٨٣) «الأحوال الشخصية» لأستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة ـ رحمه الله تعالى ـ، ص٣٣٦.

فإن صدَّقته الزوجة ثبتت الرجعة، سواء قال ذلك وهي في العدة، أو بعد انقضائها بعد أن كانت الزوجة في العدة أمس - أي في الوقت الذي ادّعى فيه وقوع مراجعته -. وإن كذَّبته الزوجة في ادّعائه، ينظر: فإن قال لها ذلك وهي في العدة فالقول قوله؛ لأنه أخبر عمّا يملك إنشاءه في الحال؛ لأن الزوج يملك الرجعة في الحال، ومن أخبر عمّا يملك إنشاءه في الحال يصدق فيه، إذ لو لم يصدق فإنه ينشئه في الحال فلا يفيد تكذيبه فيما ادّعاه. وإن قال ذلك بعد انقضاء عدتها فالقول قولها؛ لأنه أخبر عمّا لا يملك إنشاءه في الحال؛ لأنه لا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة، ولا يمين عليها في قول أبي حنيفة - أي لا يحلفها القاضي بأن زوجها لم يراجعها في العدة -، وعليها اليمين عند الحنابلة والشافعية وأبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة. وقال القاضي أبو يعلى الحنبلي: قياس المذهب أن لا يمين على الزوجة المنكرة، وقد أومأ إليه الإمام أحمد فقال: لا يمين في نكاح ولا طلاق. ولأن الرجعة لا يصح بذلها فلا تُستحلَف فيها كالحدود. وقال ابن قدامة: والقول بأن عليها اليمين أولى لقول رسول الله - ﷺ -: «اليمينُ على المدّعى عليه»؛ ولأنه حقّ آدمي يمكن صدق مدّعيه، فيجب اليمين فيه كالأموال[٩٤٨٤]. وهذا كله إذا لم تستطع الزوجة إقامة البيّنة على ما تدّعيه. ولم يقم الزوج البيّنة على ما يدّعيه من قيامه بمراجعتها. أما إذا أقام الزوج البيّنة على ما يدّعيه من مراجعتها، فإن الرجعة تثبت له ويحكم القاضي له بها.

٧٦٢٦ - ثالثاً: النزاع في وجود العدة:

وإذا راجعها الزوج المطلّق، فادّعت الزوجة المطلَّقة أن عدتها قد انقضت، وبالتالي لم يعد له عليها حقّ الرجعة، فالحكم في هذه الحالة كما يلي:

(أ): إذا ادّعت انقضاء عدتها في مدة يمكن انقضاؤها فيها قُبل قولها لقول الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾[٩٤٨٥]. قيل في تفسيرها: هو الحيض والحمل. فلولا أن قولهن مقبول لما نهاهن الله تعالى عن الكتمان؛ لأن النهي عن الكتمان أمرٌ بالإظهار، إذ النهي عن الشيء أمرٌ بضده، والأمر بالإظهار أمر بالقبول لتظهر فائدة الإظهار، فلزم قبول قولها وخبرها بانقضاء عدتها. وأيضاً فإن انقضاء العدة أمر تختص المرأة بمعرفته، فكان القول قولها فيه كالنيّة من الإنسان فيما تعتبر فيه النيّة، أو يكون انقضاء العدة أمراً لا يُعرَفَ إلّا من جهتها فيقبل قولها فيه[٩٤٨٦].

(٩٤٨٤) «البدائع» ج٣، ص١٨٥، «المغني» ج٧، ص ١٨٨-١٨٩، «المجموع» ج١٦، ص٢٧١.

(٩٤٨٥) البقرة الآية ٢٢٨.

(٩٤٨٦) «المغني» ج٧، ص٢٨٥، «البدائع» ج٣، ص١٨٦.

(ب) : وإن ادّعت انقضاء العدة في مدة لا تنقضي فيها عادة حتى على أقل مدة قيلت في انقضائها، فإنها لا تصدق في ادّعائها انقضاء عدتها، ويكون القول قول الزوج لظهور كذب الزوجة المطلّقة[٩٤٨٧].

أما مدة انقضاء العدة، فهذا يختلف باختلاف المعتدات، فهناك المعتدة بالقروء، وهناك المعتدات بالأشهر، والقرء مختلف في معناه هل هو الحيض أم الطهر، ثم مدة الحيضة مختلف في مقدارها، وكل هذا سنبيّنه فيما بعد ـ إن شاء الله تعالى ـ.

٧٦٢٧ ـ رابعاً: النزاع مع المطلّقة إذا تزوّجت:

إعلام المطلَّقة شرط عند الظاهرية لصحة الرجعة، وليس بشرط عند الجمهور، فإذا راجعها زوجها وأشهد على رجعتها ولم يعلمها بالرجعة، فإذا انقضت عدتها وتزوجت لعدم علمها بالرجعة، ثم جاء زوجها وادّعى أنه راجعها في عدتها، وبالتالي يكون زواجها باطلاً، وأنكرت هي المراجعة فما الحكم في هذه الحالة؟ والجواب ما يأتي:

٧٦٢٨ ـ أولاً: على رأي الظاهرية:

على رأي الظاهرية لا حقَّ للزوج في إرجاعها؛ لأنه لم يعلمها بالرجعة، وعلى هذا فقد بانت منه ووقعت الفرقة بينهما، قال ابن حزم الظاهري: «إن راجع ولم يشهد، أو أشهد ولم يعلمها حتى انقضت عدتها، فقد بانت منه ولا رجعة له عليها»[٩٤٨٨]. وعلى هذا، فزواجها بعد انقضاء عدتها زواج صحيح ما دام لم يعلمها زوجها المطلق بارتجاعه لها.

٧٦٢٩ ـ ثانياً: على رأي الجمهور:

والجمهور لا يشترطون علم الزوجة المطلَّقة بالرجعة لصحة الرجعة، فإذا تزوّجت بعد انقضاء عدتها بحجة عدم علمها بالرجعة، وادّعى زوجها بطلان نكاحها لسبق مراجعته لها، فالحكم في هذه الحالة كما قال الإمام الكاساني: «ولو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر، ثم جاء زوجها الأول فهي امرأته، سواء كان دخل بها الثاني أو لم يدخل، ويفرَّق بينها وبين الثاني؛ لأن الرجعة قد صحت بدون علمها، فتزوجها الثاني وهي امرأة الأول فلم يصح زواجه»[٩٤٨٩]. وهذا إذا أقام زوجها الأول البيّنة على رجعته وهي في العدة. وفي

(٩٤٨٧) «المغني» ج٧، ص٢٨٦، «الأحوال الشخصية» لأستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة ـ رحمه الله تعالى ـ، ص٣٣٦.

(٩٤٨٨) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٥٣.

(٩٤٨٩) «البدائع» ج٣، ص١٨١.

«المغني» لابن قدامة الحنبلي تفصيل لهذه المسألة حيث قال رحمه الله تعالى: «إن زوج الرجعية إذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة؛ لأنها لا تفتقر إلى رضاها، فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها. فإذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت، ثم جاء زوجها الأول وادّعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البيّنة على ذلك، ثبت أنها زوجته وأن نكاح الثاني فاسد؛ لأنه تزوج امرأة غيره، وتُردُّ إلى الأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها. هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء، منهم: الثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن علي - رضي الله عنه -. وعن الإمام أحمد رواية ثانية: إن دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الأول. روي ذلك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -، وهو قول مالك؛ لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد عليها في الظاهر، ومع الثاني مزية الدخول فتقدم بها. ثم قال ابن قدامة الحنبلي محتجاً للرواية الأولى عن أحمد، وهي أن المرأة تبقى لزوجها الأول ويبطل نكاح الثاني، وأن هذه الرواية هي مذهب الحنابلة، قال ابن قدامة في احتجاجه لها: (ولنا) أن الرجعة قد صحت وتزوجت وهي زوجة الأول، فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلّقها. ثم قال ابن قدامة: وإن كان الثاني قد دخل بها فلها عليه مهر المثل؛ لأن هذا وطء بشبهة، وتعتدّ ولا تحلّ للأول حتى تنقضي عدّتها من الثاني.

وإن أقام الزوج الأول البيّنة على المراجعة قبل دخول الثاني بها ردّت إلى الأول بغير خلاف في مذهب الحنابلة، وهو إحدى الروايتين عن مالك.

وأما إذا تزوّجها الثاني مع علمهما أو علم أحدهما بالرجعة، فالزواج باطل بغير خلاف، والوطء فيه من الزوج الثاني حرام على من علم منهما، وحكمه حكم الزاني في الحدّ وغيره»[٩٤٩٠].

المطلب الثاني

الطلاق البائن

٧٦٣٠ - تمهيد، ومنهج البحث:

إذا لم يكن للزوج حقّ الرجعة على مطلقته، فالطلاق يسمى بائناً. والطلاق البائن نوعان: بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى.

(٩٤٩٠) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، «المغني» ج٧، ص ٢٩٤-٢٩٥.

وعلى هذا، نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الطلاق البائن بينونة صغرى.

الفرع الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى.

الفرع الأول
الطلاق البائن بينونة صغرى

٧٦٣١ ـ تعريفه: الطلاق البائن بينونة صغرى هو الذي لا يملك الزوج فيه أن يرجع مطلّقته إليه إلّا بعقد جديد ومهر جديد، سواء في ذلك أن يكون في عدتها أم بعد انتهاء عدتها[٩٤٩١].

٧٦٣٢ ـ متى يقع الطلاق بائناً بينونة صغرى؟

قال الفقيه ابن رشد في «بداية المجتهد»: «وأما الطلاق البائن فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول، ومن قبل عدد الطلقات ومن قبل العوض في الخلع»[٩٤٩٢]. وقول ابن رشد ـ رحمه الله تعالى ـ يحتاج إلى شيء من البيان، فقد ذكر ثلاث حالات يكون فيها الطلاق بائناً وهي محلّ اتفاق الفقهاء، ونستبعد قوله في البائن من قبل عدد الطلقات ـ أي المكمل للثلاث حيث تقع فيه البينونة الكبرى، ونحن نتكلم الآن عن البينونة الصغرى. وعلى هذا، نتكلم هنا عن الحالتين اللتين ذكرهما أولهما: الطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال ـ أي الخلع ـ حيث يقع الطلاق فيهما بائناً بينونة صغرى. ثم نذكر الحالات الأخرى ـ غير هاتين الحالتين ـ التي يقع فيها الطلاق بائناً بينونة صغرى.

٧٦٣٣ ـ أولاً: الطلاق قبل الدخول:

الطلاق قبل الدخول يقع بائناً لقوله تعالى: **﴿يا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إِذا نَكَحْتُمُ المُؤمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أن تمسُّوهُنَّ فما لكُم علَيهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تعتَدُّونَهَا، فمتِّعُوهُنَّ وسرِّحُوهُنَّ سراحَاً جمِيلاً﴾**[٩٤٩٣]. وجه الدلالة بهذه الآية الكريمة أن المطلّقة قبل الدخول لا عدة عليها، وحيث لا عدة عليها فلا يملك الزوج المطلق رجعتها فلا يكون الطلاق رجعياً، بل يكون بائناً، وعلى هذا إجماع أهل العلم[٩٤٩٤]. ويعلّل الفقيه علاء الدين الكاساني وقوع الطلاق بائناً قبل الدخول

(٩٤٩١) «فرق الزواج» لأستاذنا الشيخ علي الخفيف ـ رحمه الله تعالى ـ، ص١٩٥.

(٩٤٩٢) «بداية المجتهد» ج٢، ص٥٠.

(٩٤٩٣) سورة الأحزاب، الآية ٤٩.

(٩٤٩٤) «المغني» ج٧، ص٢٦٤ ولكن هناك بعض الاختلاف بين الفقهاء في طلاق غير المدخول بها من جهة =

بقوله: «صريح الطلاق قبل الدخول يكون بائناً؛ لأن الأصل في اللفظ المطلق عن شرط أن يفيد الحكم فيما وضع له حالاً، والتأخر فيما بعد الدخول إلى وقت انقضاء العدة ثبت شرعاً بخلاف الأصل، فيقتصر على أمور الشرع فيبقى الحكم فيما قبل الدخول على الأصل»(٩٤٩٥).

٧٦٣٤ ـ الطلاق بعد الخلوة:

أما الطلاق بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول حقيقة، فإنه يقع بائناً عند الجمهور لعدم الدخول الحقيقي ومن ثم لا تجب فيه ـ أي الطلاق بعد الخلوة ـ العدة، فلا يملك الزوج حقّ الرجعة. وأما ثبوت العدة عند الحنفية في الطلاق بعد الخلوة الصحيحة، فهي للاحتياط وليس لثبوت حقّ الرجعة فيها للزوج(٩٤٩٦)، ويعلّل الفقيه علاء الدين الكاساني وقوع الطلاق بائناً بعد الخلوة الصحيحة دون دخول حقيقي بقوله: «ولو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلّقها صريح الطلاق، وقال: لم أجامعها كان طلاقاً بائناً حتى لا يملك مراجعتها، وإن كان للخلوة حكم الدخول؛ لأنها ليست بدخول حقيقة فكان هذا طلاقاً قبل الدخول حقيقة، فكان بائناً»(٩٤٩٧).

٧٦٣٥ ـ ثانياً: الطلاق على مال الخلع:

والطلاق على مال يقع بائناً؛ لأن الزوجة ما دفعت المال لزوجها في الخلع ليطلّقها إلا لتملك نفسها وتخلص من قيد الزوجية ولا يتأتى لها ذلك بجعل الطلاق رجعياً، بل بجعله بائناً، وفي هذا يقول الإمام الكاساني ـ رحمه الله ـ: «وكذلك الطلاق مقروناً بعوض وهو الخلع ببدل والطلاق على مال؛ لأن الخلع بعوض طلاق على مال عندنا، والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول وهو مالها ـ بدل الخلع ـ، فتملك هي العوض الآخر وهو نفسها تحقيقاً للمعاوضة المطلقة ولا تملك نفسها إلا بالبائن، فكان الواقع طلاقاً بائناً»(٩٤٩٨).

٧٦٣٦ ـ ثالثاً: وقوع الطلاق بائناً في بعض فرق الزواج:

وفي بعض فرق الزواج تعتبر الفرقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى كما في التفريق للعيب أو للضرر أو للإيلاء، كما سنبيّنه فيما بعد ـ إن شاء الله تعالى ـ.

= عدد ما يقع عليها من الطلقات إذا طلّقها ثلاثاً بلفظ واحد أو متفرقة، فمن قال: إنها تقع ثلاثاً، فالبينونة تكون كبرى، ومن قال: تقع طلقة واحدة فالبينونة صغرى، كما سنبينه فيما بعد ـ إن شاء الله ـ.

(٩٤٩٥) «البدائع» ج٣، ص١٠٩.

(٩٤٩٦) «البدائع» ج٣، ص١٠٩.

(٩٤٩٧) «البدائع» ج٣، ص١٠٩.

(٩٤٩٨) «البدائع» ج٣، ص١٠٩.

٧٦٣٧ ـ رابعاً: ما يقع بائناً باللفظ الصريح في غير الحالات السابقة:

قد يقـع الطلاق بلفظه الصريح ولكنه موصوف بما يدل على البينونة، أو موصوف بأفعل التفضيل، أو يتشبه صريح الطلاق بالعدد، ففي هذه الحالات يقع الطلاق بائناً على خلاف بين الفقهاء في مثل هذا الوقوع، وهذا ما نبيّنه في الفقرات التالية:

٧٦٣٨ ـ (أ): الطلاق باللفظ الصريح الموصوف هل يقع بائناً؟ ويقع الطلاق بائناً باللفظ الصريح إذا كان موصوفاً بصفة تنبىء البينونة، أو تدل عليها من غير حرف العطف مثل: (أنت طالق بائن)، أو (أنت طالق حرام)، أو (أنت طالق البتة) ونحو ذلك. وهذا عند الحنفية، وقال الإمام الشافعي تقع بهذا الطلاق طلقة واحدة رجعية. (وجه) قول الشافعي أنه لما قال: (أنت طالق) فقد أتى بصريح الطلاق، وأنه يستدعي الرجعة حيث انها تعقب قوله، فلما قال: بائن، فقد أراد تمييز المشروع، وهو الرجعة، فيرد عليه كما لو قال: أعرتك عارية لا ردَّ فيها، وكما لو قال: أنت طالق، وأردت به الإبانة. واضح الحنفية لقولهم بوقوع الطلاق بائناً بهذه الصيغ: أن قول المطلق: (أنت طالق بائن) وصف المرأة بالبينونة بالطلاق الأول وأنه مما يحتمل البينونة، ألا ترى أنه تحصل به البينونة قبل الدخول وبعده بعد انقضاء العدة، فكان قوله: (بائن) بعد قوله: (أنت طالق) قرينة مبيّنة لا مغيرة[٩٤٩٩].

٧٦٣٩ ـ مذهب الحنابلة: فقد قالوا:

«يقع ثلاث في: أنت طالق بائن. أو أنت طالق البتّة. أو أنت طالق بلا رجعة. ولكن لو قال لزوجته: أنت طالق واحدة بائنة. أو واحدة بتّة. وقع الطلاق رجعياً؛ لأنه وصف الواحدة بغير وصفها فأُلغي»[٩٥٠٠].

٧٦٤٠ ـ الطلاق الموصوف بالقوة يقع بائناً عند الحنفية:

وكذلك الحكم عند الحنفية ـ وهو وقوع الطلاق بائناً ـ إذا قال لزوجته: أنت طالق تطليقة قوية أو شديدة؛ لأن الشدة تنبىء عن القوة والقوي هو البائن. وكذا إذا قال لها: أنت طالق تطليقة طويلة أو عريضة؛ لأن الطول والعرض يقتضيان القوة، والقوي هو البائن[٩٥٠١].

٧٦٤١ ـ والراجح، أن الطلاق الموصوف الذي ذكرناه يقع به الطلاق رجعياً لا بائناً، وهو

(٩٤٩٩) «البدائع» ج٣، ص١١٠.

(٩٥٠٠) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٥١.

(٩٥٠١) «البدائع» ج٣، ص١١٠.

قول الشافعي ولما احتج به على ما ذكره عنه الإمام الكاساني. ولأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً، والاستمساك بهذا الأصل أولى من التحول عنه لوصف ألحقه المطلق بلفظ الطلاق، ولأن ما نقوله يتفق والحكمة من تشريع الطلاق.

٧٦٤٢ - (ب) : الطلاق بلفظه الموصوف بأفعل التفضيل هل يقع بائناً؟ إذا قال لزوجته: (أنت طالق أشد الطلاق)، فإن لم يكن له نيّة أو نوى واحدة فهي واحدة بائنة؛ لأن حكم البائن أشد من حكم الرجعي، فيقع بائناً. وهذا عند الحنفية[٩٥٠٢].

٧٦٤٣ - وقال الإمام الشيرازي في «المهذب» في فقه الشافعية: «وإن قال: أنتِ طالق أشد الطلاق وأغلظه وقعت طلقة»[٩٥٠٣] ويبدو أنها طلقة رجعية؛ لأنه جاء في «المهذب» نفسه: «لو قال: أنتِ طالق ملء الدنيا، أو أنتِ طالق أطول الطلاق أو أعرضه، وقعت طلقة»[٩٥٠٤]. وقد جاء في «المجموع شرح المهذب» عن هذه الطلقة: «وتكون رجعية»[٩٥٠٥]. فقوله: (أنتِ طالق أشد الطلاق) ليس بأشد من قوله: (أنتِ طالق ملء الدنيا أو أطول الطلاق..) وهذا يقع به طلقة رجعية فكذا يقع بقوله: (أنتِ طالق أشد الطلاق) طلقة واحدة رجعية.

٧٦٤٤ - ما يقع بقوله: (أنتِ طالق أقبح الطلاق):

ولو قال لها: (أنتِ طالق أقبح الطلاق) قال أبو يوسف هو طلاق رجعي. وقال الإمام محمد صاحب أبي حنيفة: هو بائن. (وجه) قول محمد أنه وصف الطلاق بالقبح، والطلاق بالقبح هو الطلاق المنهي عنه، وهو البائن فيقع بائناً. (وجه) قول أبي يوسف أن قوله: أقبح الطلاق يحتمل القبح الشرعي وهو الكراهية الشرعية، ويحتمل القبح الطبعي وهو الكراهية الطبيعية، وهو أن يطلّقها في وقت يكره الطلاق فيه طبعاً[٩٥٠٦].

٧٦٤٥ - الراجح قول الشافعية:

والراجح ما ذهب إليه الشافعية أن الطلاق وصيغة (أنتِ طالق أشد الطلاق وأغلظه) يقع رجعياً؛ لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً.

كما أن الراجح في صيغة (أنتِ طالق أقبح الطلاق) يقع بها طلاق رجعي، وهو قول أبي

(٩٥٠٢) «البدائع» ج٣، ص١١٠.

(٩٥٠٣) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص١٣٧.

(٩٥٠٤) «المجموع شرح المهذب» ج١٦، ص ١٣٦-١٣٧.

(٩٥٠٥) «المجموع شرح المهذب» ج١٦، ص١٣٨. (٩٥٠٦) «البدائع» ج٣، ص١١٠.

يوسف. لما ذكر الكاساني له من حجة؛ ولأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً كما قلنا.

٧٦٤٦ ـ (جـ): تشبيه صريح الطلاق بالعدد:(٩٥٠٦)

ولو شبه صريح الطلاق بالعدد، فهذا على وجهين: **(الوجه الأول)**: أن يشبه الطلاق بالعدد فيما له عدد. **(الوجه الثاني)**: أن يشبه الطلاق فيما لا عدد له. فإن شبه بالعدد فيما هو ذو عدد ـ وهو الوجه الأول ـ فله ثلاث صور: **(الأولى)**: أن يقول لها: أنتِ طالق كألف أو مثل ألف. فإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث، وإن نوى واحدة أو لم تكن له نيّة فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد هو ثلاث. **(الصورة الثانية)**: أن يقول لها: أنتِ طالق واحدة كألف. فهي واحدة بائنة عند أبي حنيفة وصاحبيه؛ لأنه لما نصَّ على الواحدة علم أنه ما أراد به التشبيه من حيث العـدد، فتعيّن التشبيه في القوة والشدة وذلك في البائن، فيقع الطلاق بائناً. **(الصورة الثالثة)**: إذا قال لها: أنتِ طالق كعدد ألف. فهو طلاق ثلاث؛ لأن التنصيص على العدد ينفي احتمال إرادة الواحد، فلا يُصدَّق أنه ما أراد به الثلاث أصلاً.

٧٦٤٧ ـ وإن شبه بالعدد فيما لا عدد له بأن قال: أنتِ طالق مثل عدد كذا ـ لشيء لا عدد له ـ كالشمس والقمـر ونحـو ذلك كأن يقول: أنتِ طالق كعدد الشمس أو كعدد القمر، فهي طلقـة واحدة بائنة في قياس قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هي طلقة رجعية. (وجه) قول أبي يوسف أن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو، فيبطل التشبيه ويبقى قوله (أنتِ طالق)، فتقع به طلقة واحدة رجعية. (وجه) قول أبي حنيفة أن هذا النوع من التشبيه يقتضي ضرباً من الزيادة لا محالة، ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث العدد، فيحمل على الزيادة من حيث الصفة، والصفة هنا اعتباره طلاقاً بائناً بتطليقة واحدة بائنة. (والراجح) قول أبي يوسف.

٧٦٤٨ ـ ولو قال لها: (أنتِ طالق مثل الجبل)، فهي طلقة واحدة بائنة في قول أبي حنيفة. وعنـد أبي يوسف هي واحـدة رجعية. (والحجة) لأبي يوسف أن قوله: (مثل الجبل) يحتمل التشبيه بالجبل من حيث هو شيء واحد بجميع أجزائه، فلا تثبت البينونة بالشك عن طريق اعتبار التشبيه بالجبل تشبيهاً بعظمه. (والحجة) لأبي حنيفة أن هذه التشبيه يقتضي زيادة لا محالة، وأنه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد؛ لأنه ليس بذي عدد لكونه واحداً في الذات، فيحمل على الزيادة التي ترجع إلى الصفة وهي البينونة، فيحمل على الواحدة البائنة لأنها المتيّقن بها(٩٥٠٧).

(٩٥٠٦) «البدائع» ج٣، ص ١١٠-١١١.

(٩٥٠٧) «البدائع» ج٣، ص١١١.

والراجح قول أبي يوسف؛ لأن الأصل في الطلاق أن يقع رجعياً، فهو أولى من القول بوقوعه بائناً ما دام قول المطلّق يحتمل القولين.

٧٦٤٩ ـ خامساً: الطلاق البائن بالكنايات:

ويقع الطلاق بائناً بالكنايات إذا كانت تدل على البينونة، ونذكر أقوال الفقهاء في هذه المسألة، وما فيها من اختلافات.

٧٦٥٠ ـ (أ): مذهب الحنفية والشافعية:

جاء في «البدائع» في فقه الحنفية: «وأما الكناية، فثلاثة ألفاظ من الكنايات رواجع بلا خلاف وهي قوله: اعتدّي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة. واختلف في البواقي من الكنايات، فقال أصحابنا ـ الحنفية ـ رحمهم الله تعالى: إنها بوائن. وقال الشافعي: رواجع. (وجه) قول الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ: ان هذه الألفاظ كنايات الطلاق فكانت مجازاً عن الطلاق، ألا ترى أنها لا تعمل بدون نيّة الطلاق، فكان العامل هو الحقيقة وهي المكنى عنه لا المجاز الذي هو الكناية، ولهذا كانت الألفاظ الثلاثة وهي (اعتدّي، واستبريء رحمك، وأنتِ واحدة) رواجع فكذا البواقي. (ولنا) أي حجة الحنفية، أن الشرع ورد بهذه الألفاظ، وأنها صالحة لإثبات البينونة والمحلّ قابل للبينونة، فإذا وجدت من أهلها ثبتت البينونة استدلالاً بما قبل الدخول»[٩٥٠٨].

٧٦٥١ ـ (ب): مذهب الحنابلة:

قالوا: الكنايات في الطلاق نوعان: ظاهرة وخفية، وقد ذكرنا ألفاظهما فيما سبق[٩٥٠٩]. كما بيّنا أن هذه الكنايات وإن كانت ظاهرة لا يقع بها الطلاق إلا بالنيّة، ويستدل على وجود النيّة بالقرينة الدالة عليها، فإذا وجدت هذه القرينة لم يقبل منه أنه ما أراد الطلاق بلفظ الكناية الذي نطق به، وهذا في حكم القضاء، أما في حكم الديانة والفُتْيَا، فالحكم ينبني على نيّته[٩٥١٠].

٧٦٥٢ ـ ما يقع بالكناية الظاهرة:

ويقع عند الحنابلة بالكناية الظاهرة ثلاث تطليقات وإن نوى تطليقة واحدة، وقد روي ذلك عن علي وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وأبي هريرة ـ رضي الله عنهم ـ في وقائع كثيرة،

(٩٥٠٨) «البدائع» ج٣، ص ١١١-١١٢.

(٩٥٠٩) الفقرات ٧٤٢٢-٧٤٢٤.

(٩٥١٠) الفقرة ٧٤٢٥.

ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة. وكان الإمام أحمد يكره الفُتْيَا في الكنايات الظاهرة مع ميله إلى أنها ثلاث طلقات. وعن الإمام أحمد رواية أخرى: يقع بالكناية الظاهرة ما نواه. اختار هذه الرواية جماعة من الحنابلة منهم أبو الخطاب لما روى ركانة أنه طلّق امرأته البتة، فأخبروا النبي - ﷺ - بذلك، فقال النبي - ﷺ - لركانة: «والله ما أردت إلا واحدة؟». فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردّها إليه النبي - ﷺ -. وعلى هذه الرواية - وهي أنه يقع من الطلاق ما نواه - أنه إن لم ينوِ عدداً من التطليقات مع إيقانه بالكناية الظاهرة بنيّة الطلاق أن ما يقع بها هو طلقة واحدة، كما لو قال لها: أنتِ طالق. ويقبل منه في القضاء بيان ما نواه بالكناية الظاهرة كما يقبل منه القول بأنه لم ينوِ شيئاً؛ لأنه أدرى بنيته، ويقع بكنايته طلقة واحدة. والظاهر أنها طلقة واحدة رجعية؛ لأنهم مثلوا لكنايته بقولهم: (كما لو قال لها: أنتِ طالق) ومن المعلوم أن الواقع بهذا اللفظ هو طلقة واحدة رجعية.

٧٦٥٣ - ويقع عند الحنابلة ثلاث طلقات إذا قال لزوجته: أنتِ طالق بائن. وأو أنتِ طالق البتة. أو أنتِ طالق بلا رجعة. ولا يحتاج إلى نيّة في هذه الألفاظ؛ لأنه وصف بها الطلاق الصريح.

٧٦٥٤ - ولكن لو قال لها: أنتِ طالق واحدة بائنة، أو قال لها: أنتِ طالق واحدة بتّة، وقع طلاقه رجعياً أي وقعت طلقة واحدة رجعية؛ لأنه وصف الواحدة بغير وصفها فأُلغي هذا الوصف، وبقيت طلقة واحدة[٩٥١١].

٧٦٥٥ - ما يقع بالكناية الخفية:

ويقع بالكناية الخفية عند الحنابلة ما نواه من واحدة أو أكثر إلا في قوله: أنت واحدة، فيقع بها واحدة وإن نوى ثلاثاً، فإن لم ينوِ عدداً وقع بكنايته الخفية طلقة واحدة رجعية إن كانت الزوجة مدخولاً بها، فإن لم تكن مدخولاً بها وقعت طلقة واحدة بائنة[٩٥١٢].

٧٦٥٦ - ما يفهم من أقوال الحنابلة:

ومن العرض الذي قدمناه، يبدو أن الحنابلة لا يوقعون بالكنايات طلاقاً بائناً بينونة صغرى إلّا في حالة الطلاق قبل الدخول، وأما بعد الدخول فإن الواقع بألفاظ الكناية إن كان طلاقاً ثلاثاً - فهذا تقع به البينونة الكبرى - وإن كان الواقع بالكناية واحدة، فهذه طلقة واحدة رجعية. وفي «المغني» ما يدل على ما قلناه، فقد قال ابن قدامة الحنبلي: «والطلاق الواقع بالكنايات

(٩٥١١) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٥١.

(٩٥١٢) «كشّاف القناع» ج٣، ص ١٥١-١٥٢.

رجعي ما لم ينوِ الثلاث في ظاهر المذهب»[٩٥١٣].

٧٦٥٧ ـ جـ: مذهب المالكية:

قال المالكية: كنايات الطلاق الظاهرة: (بتّة) (حبلك على غاربك) ويلزم بهما وقوع ثلاث طلقات، سواء كان مدخولاً بها أو لا. لأن البت يعني: القطع، وقطع الرابطة الزوجية شامل للثلاث وإن لم يدخل بها. ومن الكناية الظاهرة عندهم قول الرجل لزوجته: (اعتدّي) ويقع بها طلقة واحدة إلّا أن ينوي أكثر، فإنه يلزمه ما نواه، ويُصدَّق في ادّعائه أنه ما نوى الطلاق أصلاً في قوله اعتدّي.

ومن الكناية الظاهرة عندهم قول الرجل لزوجته: (أنتِ طالق طلقة واحدة بائنة) بناء على قولـه «بائنة»، والبينونة بعد الدخول بغير عوض إنما تكون بوقوع الطلاق ثلاثاً، ولا يعتبر لفظ الواحدة في قوله: «أنتِ طالق طلقة واحدة بائنة» احتياطاً للفروج؛ ولأن الواحدة صفة لمرة أو دفعة وليست صفة لـ(طلقة).

ومن الكنايات الخفية عندهم: ادخلي، اذهبي، انطلقي. فإن نوى واحدة بائنة فيها، فإنه يلزمه الثلاث في المدخول بها، وواحدة فقط في غيرها. وفي قوله (خلّيت سبيلك) يقع ثلاثاً ما لم ينوِ أقل من الثلاث وهذا في المدخول بها. وفي قوله (فارقتك) يقع به طلقة واحدة رجعية. وإن ادّعى نفي إرادة الطلاق حلف عليه[٩٥١٤].

٧٦٥٨ ـ وقال ابن جزي المالكي: الكناية الظاهرة هي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة كلفظ التسريح والفراق، وكقوله: أنت بائن أو بتّة أو بتلة وما أشبه ذلك، فحكم هذا الحكم الصريح. والكناية المحتملة كقوله: الحقي بأهلك، اذهبي، أبعدي، وما أشبه ذلك. فهذا لا يلزمه الطلاق إلا إذا نواه، وإذا قال إنه لم ينو الطلاق قبل قوله[٩٥١٥].

٧٦٥٩ ـ والظاهر من مذهب المالكية في ضوء ما ذكرناه عنهم، أن ما يقع بالكنايات أم الطلاق الثلاث، وهذا تقع به البينونة الكبرى لا الصغرى أو يقع به طلاق رجعي لا بائن.

(٩٥١٣) «المغني» ج٧، ص١٣٣.

(٩٥١٤) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص ٤٥٦-٤٥٧، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٧٨-٣٧٩.

(٩٥١٥) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص ٢٥٣-٢٥٤.

٧٦٦٠ ـ القول الراجح فيما يقع بكنايات الطلاق وأدلته:

سبق وأن رجّحت أن كنايات الطلاق لا يقع بها طلاق إلا بالنيّة[٩٥١٦]، وأرجّح هنا أن الكناية المقترنة بها نيّة إيقاع الطلاق، يقع بها طلاق رجعي لا بائن بينونة صغرى ولا كبرى، اللهم إلاّ إذا كان الواقع بها من الطلاق مكملاً للطلقات الثلاث، فيكون الطلاق الواقع بائناً بينونة كبرى لكونه مكملاً للثلاث.

والأدلـة على ما أرجّحـه ـ وهو أن الواقع بالكنايات هو طلاق رجعي لا بائن إلا المكمل للثلاث ـ، ما يأتي:

٧٦٦١ ـ الدليل الأول:

قال ابن قدامة الحنبلي: «الكنايات مع النيّة كالصريح، فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة كقوله: أنتِ طالق»[٩٥١٧]، ومن المعلوم أن الذي يقع من الطلاق بقوله: «أنتِ طالق» هو الطلاق الرجعي بطلقة واحدة رجعية، فكذلك الحكم في كنايات الطلاق يقع به طلاق رجعي بطلقة واحدة رجعية.

وقـال ابن قدامة الحنبلي: «الطلاق الواقع بالكنايات رجعي ما لم يقع الثلاث في ظاهر المذهب». واحتج له ابن قدامة بأنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد، فوجب أن يكون رجعياً كصريح الطلاق»[٩٥١٨].

٧٦٦٢ ـ الدليل الثاني:

الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً، إذ هو الذي شرعه الإسلام وجاء في القرآن الكريم والسُنّة النبوية المطهرة، ولم يرد الطلاق بائناً في القرآن الكريم والسُنّة النبوية إلاّ إذا وقع قبل الدخول أو كان بعوض ـ الخلع ـ، أو كان مكملاً للطلقات الثلاث، فينبغي أن يحمل المراد من ألفاظ كنايات الطلاق على إرادة إيقاع الطلاق الرجعي لا غيره، تحسيناً للظن بالمسلم، وأنه يريد إيقاع الطلاق حسب المشروع لا سيما وأن كنايات الطلاق تحمل إرادة إيقاع الطلاق الرجعي.

٧٦٦٣ ـ الدليل الثالث:

الطلاق الصريح كما لو قال لها: «أنتِ طالق» يقع به طلاق رجعي بطلقة واحدة رجعية،

(٩٥١٦) الفقرة ٧٤٣٢.

(٩٥١٧) «المغني» ج٧، ص١٢٨.

(٩٥١٨) «المغني» ج٧، ص١٣٣.

فينبغي أن يكون الطلاق بألفاظ الكنايات طلاقاً رجعياً أيضاً؛ لأن الكناية ـ كما عرفناها ـ هي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره، فإذا ترجح عندنا أن المراد منها معنى الطلاق، فيجب أن يكون هذا المعنى هو معنى الطلاق الرجعي؛ لأنه هو المراد من قول المطلق: (أنتِ طالق).

٧٦٦٤ ـ الدليل الرابع:

ولا يغير ما رجحناه أن ينوي بالكناية إيقاع الطلاق ثلاثاً؛ لأن الطلاق بالنية المجردة لا يقع بها الطلاق. فإذا نوى إيقاع الثلاث فلا يقع ما نواه، وإنما يقع ما يدل عليه لفظ الكناية وهو طلقة واحدة رجعية على ما ذكرناه في الدليل الثالث. وأيضاً فقد أخذ بما نقول الإمام داود الظاهري صاحب مذهب الظاهرية، فقد قال: «إذا نوى ثلاثاً أو اثنتين في كناية الطلاق، وقعت طلقة واحدة رجعية[٩٥١٩].

ولو قلنا بوقوع الثلاث إذا نوى ذلك بالكناية، قياساً على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وقوع الثلاث إذا طلقها بالثلاث بلفظ واحد كأن يقول لها: أنتِ طالق ثلاثاً، فهناك من يقول تقع طلقة واحدة رجعية في هذه الصيغة، فيكون في المسألة قولان كما ذكر ابن القيم[٩٥٢٠]. فإذا كان هذا الخلاف في وقوع الثلاث بلفظ واحد في اللفظ الصريح بالطلاق، فمن باب أولى أن يكون هذا الخلاف جارياً في لفظ الكناية إذا نوى فيها إيقاع الطلاق ثلاثاً مرة واحدة.

٧٦٦٥ ـ الدليل الخامس:

ذكر ابن حزم ـ رحمه الله ـ أن عمر بن الخطاب قال في البائنة: «هي طلقة واحدة، وهو أحقّ بها»[٩٥٢١]. وإنما يكون الزوج أحقّ بزوجته التي طلّقها إذا كان ما أوقعه عليها طلقة رجعية.

وأخرج ابن حزم بسنده أن المطلب بن حاطب جاء إلى عمر بن الخطاب فقال له: إني قلت لامرأتي: (أنتِ طالق البتّة) فقرأ عمر قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾ وقال له: الواحدة بتتَ ارجع إلى أهلك. وصح هذا عن أبان بن عثمان وسعيد بن جبير وأبي ثور، وأبي سليمان ـ أي داود الظاهري ـ[٩٥٢٢].

٧٦٦٦ ـ حكم الطلاق البائن بينونة صغرى:

أولاً: يزيل الملك لا الحلّ:

إنه يزيل الملك ـ ملك النكاح ـ فتنقطع به الرابطة الزوجية، وبالتالي تنتهي الحقوق الزوجية

(٩٥١٩) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص١٩١.

(٩٥٢٠) «زاد المعاد» ج٤، ص٥٤.

(٩٥٢١) «المحلى» ج١٠، ص١٩٠.

(٩٥٢٢) «المحلى» ج١٠، ص ١٩٠-١٩١.

لكل منهما على الآخر سوى حقّها في النفقة عليه ما دامت في العدة إذا كانت حاملاً بلا خلاف بين الفقهاء. أما إذا كانت حائلاً ـ أي غير حامل ـ، ففي وجوب نفقتها عليه خلاف بين الفقهاء سنبحثه فيما بعد ـ إن شاء الله تعالى ـ. ولا يكون للزوج عليها من حقّ سوى حقّه في بقائها في مسكن الزوجية الذي كانت تسكنه طيلة مدة العدة، سواء كانت حاملاً أو حائلاً.

وبقاء المطلقة في بيت الزوجية الذي كانت تسكنه طيلة مدة العدة، هو في الحقيقة من حقّ الله تعالى ولهذا لا يملك الزوج المطلق أن يتنازل عنه. ولا يزيل هذا الطلاق الحلّ، بمعنى لا يشترط لحلها لمطلقها أن تتزوج زوجاً آخر كما في الطلاق البائن بينونة كبرى، وإنما يشترط لإرجاعها أن يكون بعقد نكاح جديد ومهر جديد، سواء كانت في العدة أو بعد انقضائها.[٩٥٢٣]

٧٦٦٧ ـ ثانياً: لا يملك المطلق حق الرجعة:

لا يملك الزوج المطلق حقّ مراجعتها في العدة، ولكن له أن يتزوجها برضاها في أثناء العدة وبعدها بعقد جديد ومهر جديد كما ذكرنا.

٧٦٦٨ ـ ثالثاً: حلول المهر المؤجل:

يحلّ أجل المهر المؤجل المسمى الذي لم يعين أجله في العقد؛ لأن حلوله في هذه الحالة يكون عند أقرب الأجلين: الموت أو الطلاق، كما بيّنا من قبل[٩٥٢٤].

٧٦٦٩ ـ رابعاً: لا ظهار ولا إيلاء ولا لعان ولا توارث:

ولا يصح من الزوج المطلّق الظهار ولا الإيلاء من مطلّقته، كما لا يجري بينهما لعان إذا اتهمها بالزنى. ولا يجري بينهما توارث إذا مات أحدهما وهي في العدة لوقوع البينونة بينهما بمجرد وقوع هذا الطلاق[٩٥٢٥].

٧٦٧٠ ـ خامساً: إنقاص عدد الطلقات:

والطلاق البائن بينونة صغرى ينقص عدد الطلقات التي يملكها عليها الزوج المطلق، فإذا أعادها بعقد نكاح جديد قبل أن تنكح زوجاً غيره، وكان قد طلقها طلقة واحد بائنة، عادت إليه بطلقتين يملكهما عليها. وكذلك الحكم إذا أعادها بعقد جديد بعد أن نكحت زوجاً غيره،

(٩٥٢٣) «المغني» ج٧، ص٢٧٤، «البدائع» ج٣، ص١٨٧.

(٩٥٢٤) الفقرات ٧٢١٣-٧٢١٤.

(٩٥٢٥) «البدائع» ج٣، ص١٨٧.

وطلّقها أو مات عنها قبل أن يدخل بها، ولا خلاف في هذا بين أهل العلم[٩٥٢٦]. ولكن الخلاف فيما إذا نكحت زوجاً غيره ثم فارقها بموت أو طلاق بعد أن دخل بها، ثم انقضت عدتها ثم عادت إلى زوجها الأول بعقد نكاح جديد، فهل تعود إليه بما بقي له عليها من طلقات، وهي في مثالنا طلقتان، أم تعود إليه بما كان يملكه عليها ابتداءً وهو ثلاث طلقات؟ اختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة التي يلقبونها بمسألة «الهدم».

٧٦٧١ ـ مسألة الهدم:

ومعناها، كما بيّنا في الفقرة السابقة، ونعيده بتعبير آخر وهو: هل زواج المطلقة بزوج آخر يهدم الطلقة أو الطلقتين اللتين أوقعها عليها الزوج الأول، فإذا عادت إليه بعد فراقها من زوجها الثاني الذي دخل بها، بعقد نكاح جديد عادت إليه بثلاث طلقات يملكها عليها؟ أم أن زواجها الثاني لا يهدم ما أوقعه عليها زوجها الأول من طلقة أو طلقتين فإذا عادت إليه بعد فراقها من زوجها الثاني الذي دخل بها عادت إليه بما بقي له من طلقات عليها؟ اختلاف بين الفقهاء نوجزه في الآتي[٩٥٢٧].

٧٦٧٢ ـ القول الأول:

ترجع إلى زوجها الأول على ما بقي له عليها من تطليقات، بمعنى إن كان قد طلّقها واحدة عادت إليه وهو يملك عليها طلقتين، وإن كان قد طلّقها اثنتين عادت إليه وهو يملك عليها واحدة. وهذا قول عمر وعلي وعمران بن حصين وأبي هريرة ـ رضي الله عنهم ـ. وروي ذلك عن زيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وعبدالله بن عمرو بن العاص، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن البصري ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، ومحمد بن الحسن وزفر صاحبا أبي حنيفة، وهو إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل، وهو قول ابن المنذر.

٧٦٧٣ ـ وحجة هذا القول أن الزواج الثاني غاية لتحريم المطلّقة ثلاثاً على مطلّقها بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ وكلمة ﴿حتّى﴾ للغاية فهي لا تحلّ لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره، فهذا النكاح الثاني هو الذي ينهي الحرمة السابقة بينها

(٩٥٢٦) «المغني» ج٧، ص٢٦١، «فتح القدير» ج٣، ص١٧٨.

(٩٥٢٧) «تفسير القرطبي» ج٣، ص ١٥١-١٥٢، «المغني» ج٧، ص ٢٦١-٢٦٢، «البدائع» ج٣، ص١٢٧، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص١٧٨-١٧٩.

وبين زوجها الأول، ولا انهاء للحرمة قبل ثبوتها، ولا ثبوت لها إلا بعد الطلاق الثلاث.

٧٦٧٤ - القول الثاني:

ترجع إلى زوجها الأول وهو يملك عليها ثلاث طلقات، أي أن الزواج الثاني يهدم ما صدر من الزوج الأول من طلقة أو طلقتين، وتعود إلى زوجها الأول بثلاث طلقات يملكها عليها. وهذا قول عبدالله بن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي وشريح وأبي حنيفة وأبي يوسف، وهو إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل.

٧٦٧٥ - والحجة لهذا القول: أن وطء الزوج الثاني مثبت للحلّ - أي لحلّ الزوجة على زوجها الأول - فيما لو طلّقها زوجها الثاني أو مات عنها وانتهت عدتها، جاز لزوجها الأول أن يتزوجها بعقد نكاح جديد، فهذا الوطء من الزوج الثاني يثبت حِلًّا لزوجها الأول يتسع لثلاث تطليقات، كما يثبته لو كانت مطلقة ثلاثاً. ولأن وطء الزوج الثاني يهدم الطلقات الثلاث ولو قد أوقعها الزوج الأول، فأولى أن يهدم ما دونها من طلقة أو طلقتين.

الفرع الثاني

الطلاق البائن بينونة كبرى

٧٦٧٦ - تعريفه:

الطلاق البائن بينونة كبرى هو الذي لا يملك فيه الزوج إرجاع مطلقته لا في عدتها، ولا بعد انتهاء عدتها إلا بعقد نكاح جديد ومهر جديد، وبعد أن تكون قد نكحت زوجاً آخر ودخل بها هذا الزوج، ثم فارقها بموته أو طلاقه، ثم انتهت عدّتها منه.

٧٦٧٧ - متى يقع هذا الطلاق؟

يقع الطلاق بائناً بينونة كبرى إذا كان مكملاً للطلقات الثلاث لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ: فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾... إلى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَها فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٩٥٢٨]. وهذا الحكم مجمع عليه بين العلماء ولا خلاف فيه[٩٥٢٩].

٧٦٧٨ - هل يقع الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث:

قلنا إن الطلاق يقع بائناً بينونة كبرى إذا كان مكملاً للطلقات الثلاث بأن يكون الزوج قد

(٩٥٢٨) سورة البقرة، الآيتان ٢٢٩، ٢٣٠.

(٩٥٢٩) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٤٧.

طلّق زوجته طلقتين سابقتين، ثم أتبعها بالطلقة الثالثة. ونسأل هنا: هل يقع الطلاق الثلاث مرة واحدة بلفظ الثلاث دون أن يسبقه وقوع طلقتين، كأن يقول الزوج لزوجته أنتِ طالق ثلاثاً، أم لا يقع هذا الطلاق إلا طلقة واحدة أو لا يقع أصلاً؟ اختلاف بين الفقهاء نوجزه في الآتي:

٧٦٧٩ - ما يقع من الطلاق بلفظ الثلاث:

قال الإمام الطحاوي: ذهب قوم إلى أن الرجل إذا طلّق امرأته ثلاثاً معاً - أي بلفظ واحد - فقد وقعت عليها واحدة. وخالفهم في ذلك أكثر أهل العلم فقالوا تقع الثلاث[٩٥٣٠].

٧٦٨٠ - قول ابن رشد:

وقال الفقيه ابن رشد في «بداية المجتهد»: «واختلفوا إذا وقعت ثلاثاً باللفظ - أي وقعت الطلقات ثلاثاً باللفظ -، فجمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة. وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة، ولا تأثير للفظ في ذلك»[٩٥٣١].

٧٦٨١ - وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وإن طلّقها ثلاثاً في طهر واحد بكلمة واحدة أو كلمات مثل أن يقول: أنتِ طالق ثلاثاً. أو أنتِ طالق وطالق وطالق. فهذه للعلماء من السلف والخلف فيه ثلاثة أقوال، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها. ومن السلف من فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها. وفيه قول رابع محدث مبتدع. وهذه الأقوال هي:

(الأول): أنه طلاق مباح لازم، وهو قول الشافعي وأحمد في الرواية القديمة عنه، اختارها الإمام الخرقي الحنبلي:

(الثاني): أنه طلاق محرم لازم، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحمد في الرواية المتأخرة عنه، وهو منقول عن كثير من السلف من الصحابة والتابعين.

(الثالث): أنه طلاق محرم، ولا يلزم منه إلا طلقة واحدة. وهذا القول منقول عن طائفة من السلف والخلف من أصحاب رسول الله - ﷺ - مثل الزبير بن العوام وعبدالرحمن بن عوف. ويروى القولان عن علي وابن مسعود وابن عباس. وهو قول كثير من التابعين ومن بعدهم مثل طاووس ومحمد بن إسحاق، وهو قول داود - صاحب المذهب الظاهري - وأكثر أصحابه، وهو قول بعض أصحاب أبي حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل. ويروى ذلك عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين، وابنه جعفر بن محمد، ولهذا ذهب إلى ذلك من ذهب من الشيعة.

(٩٥٣٠) «شرح معاني الآثار» للإمام الطحاوي الحنفي، ج٣، ص٥٥.

(٩٥٣١) «بداية المجتهد» لابن رشد، ج٢، ص٥٠.

(الرابع): وأما القول الذي قاله بعض المعتزلة والشيعة، وهو أنه لا يلزمه شيء. فهذا لا يعرف عن أحد من السلف[9532].

٧٦٨٢ ـ وقال ابن القيم: «وقوع الثلاث ـ أي الطلقات الثلاث ـ بكلمة واحدة، اختلف الناس فيه على أربعة مذاهب:

(المـذهب الأول): أنه يقع ـ أي يقع الطلاق ثلاثاً ـ، وهذا قول الأئمة الأربعة وجمهور التابعين وكثير من الصحابة.

(المـذهب الثاني): أنه يقع طلقة واحدة رجعية، وهذا ثابت عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ ذكره أبو داود عنه. وقال الإمام أحمد: وهذا مذهب ابن إسحاق يقول: خالف السنة فيرد إلى السنة. وهو قول طاووس وعكرمة. وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.

(المذهب الثالث): أنه يفرق بين المدخول بها وغيرها، فتقع الثلاث بالمدخول بها وتقع بغيرها واحدة. وهذا قول جماعة من أصحاب ابن عباس، وهو مذهب إسحاق بن راهويه فيما حكاه عنه محمد بن نصر المروزي في كتاب «اختلاف العلماء».

(المذهب الرابع): لا يقع الطلاق؛ لأنه بهذه الصيغة بدعة محرمة، والبدعة مردودة لقوله ﷺ: «من عملَ عملاً ليس عليه أمرُنا فهو ردٌّ». وهذا المذهب حكاه أبو محمد بن حزم، وحُكي للإمام أحمد فأنكره[9533].

٧٦٨٣ ـ قول الجمهور وقوع الطلاق ثلاثاً بلفظ الثلاث:

والمقرر في كتب فقه المذاهب المختلفة أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع عند الشافعية والمالكية وابن حزم الظاهري، وأنه لا بدعة فيه. ويقع كذلك عند الحنفية والزيدية وإن كان طلاقاً بدعياً. وعند الحنابلة الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع وهو مع وقوعه طلاق بدعي في إحدى الروايتين عن أحمد، وليس بدعياً على الرواية الثانية عنه، وعند الجعفرية اختلاف، وأكثرهم قال بوقوعه طلقة واحدة[9534].

(٩٥٣٢) «مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» المجلد ٣٣، ص ٨ـ٩.

(٩٥٣٣) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٥٤.

(٩٥٣٤) «المـغني» ج٧، ص ١٠٢ـ١٠٤، «مغني المحتـاج» ج٣، ص٣١٠، «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص١٠٩، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٤، «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص٢٥١، «شرح الأزهار» ج٣، ص٤٥٣ـ٥٥٤.

=

٧٦٨٤ ـ أدلة القول الأول ـ قول الجمهور ـ:

القول الأول ـ قول الجمهور ـ وهو وقوع الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد، أو بتكراره ثلاث مرات كأن يقول لزوجته: أنتِ طالق ثلاثاً. أو يقول لها: أنتِ طالق، وطالق، وطالق. وأدلة ذلك ما يأتي:

٧٦٨٥ ـ الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ فهذا الطلاق يقع على الثلاثة مجموعة وغير مفرقة(٩٥٣٥).

٧٦٨٦ ـ الدليل الثاني:

أخرج الإمام البخاري خبر تلاعن عويمر العجلاني وزوجته في حضرة النبي ﷺ لما اتهم عويمر زوجته بالزنا. فلما فرغا من التلاعن قال عويمر: «كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكها، فطلّقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ـ ﷺ ـ»(٩٥٣٦). ووجه الاستدلال بهذا الخبر أن النبي ـ ﷺ ـ لم ينكر عليه إيقاع الطلقات الثلاث مجموعة، فلو كان ممنوعاً لأنكره، ولو أن الفرقة وقعت بنفس اللعان(٩٥٣٧).

٧٦٨٧ ـ الدليل الثالث:

وخبر فاطمة بنت قيس الذي أخرجه ابن حزم بسنده أن زوجها طلّقها ثلاثاً ثم انطلق إلى اليمن، فذهب نفر من أصحاب رسول الله ـ ﷺ ـ منهم خالد بن الوليد إلى رسول الله ـ ﷺ ـ،

= وفي فقه الجعفرية: «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج١، ص١٤٨ «ولو فسرَّ الطلقة بأزيد من الواحدة كقوله: أنتِ طالق ثلاثاً لغا التفسير ووقع واحدة. وقيل بطل الجميع لأنه بدعة». وفي «منهاج الصالحين» للسيد محسن الحكيم، ج٢، ص١٦: وطلاق الثلاث مرسلاً بأن يقول: هي طالق ثلاثاً. أو هي طالق هي طالق هي طالق. والكل باطل غير الأخير فإنه يقع واحدة، ويبطل الزائد. بل المشهور ذلك فيما لو قال هي طالق ثلاثاً وفيه نظر. وفي المختصر النافع ص٢٢٣: وطلاق الثلاث المرسل، وكله لا يقع. وفي «الفصول الشرعية» تأليف محمد جواد مغنية ص٦٤: إذا قال الرجل لزوجته أنتِ طالق، أنتِ طالق، أنتِ طالق. أو قال: أنتِ طالق ثلاثاً قاصداً بذلك ثلاث تطليقات يقع واحداً فحسب.

(٩٥٣٥) «المحلى» ج١٠، ص١٠٧.

(٩٤٣٦) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٣٦١.

(٩٥٣٧) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٣٦٧.

قالوا: يا رسول الله، إن ابن حفص بن المغيرة المخزومي طلّق زوجته فاطمة ثلاثاً، فهل لها نفقة؛ فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: «ليس لها نفقة، وعليها العدة». ووجه الدلالة أن النبي ـ ﷺ ـ لم ينكر تطليق فاطمة[9538].

٧٦٨٨ ـ الدليل الرابع:

أخرج أبو داود في «سننه»: «أن ركانة بن عبد يزيد طلّق امرأته البتّة، فأخبر النبي ـ ﷺ ـ بذلك وقال: والله ما أردت إلا واحدة. فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: والله ما أردتَ إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردّها إليه رسول الله ـ ﷺ ـ، فطلّقها الثانية في زمان عمر بن الخطاب والثالثة في زمن عثمان»[9539]. واستدل بهذا الحديث على أن الطلاق الثلاث مجموعة تقع ثلاثاً، ووجه الاستدلال أن النبي ـ ﷺ ـ أحلفه أنه أراد بالبتّة واحدة فدلَّ على أنه لو أراد بها أكثر لوقع ما أراده، ولو لم يفترق الحال لم يحلفه»[9540].

٧٦٨٩ ـ الدليل الخامس:

أخرج أبو داود في «سننه» عن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال: إنه طلّق امرأته ثلاثاً. قال مجاهد: فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه، ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحُموقَةَ ثم يقول: يا ابن عباس يا ابن عباس، وإن الله قال: ومن يتق الله يجعل له مخرجاً» عصيتَ ربك وبانت منك امرأتك، وإن الله تعالى قال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾. قال أبو داود: روى هذا الحديث حميد الأعرج عن مجاهد عن ابن عباس كما رواه آخرون عن ابن عباس، كلهم رووا عن ابن عباس أنه في الطلاق الثلاث أجازها وأنه قال: «بانت منك امرأتك»[9541]، وفتوى ابن عباس تدل على أن الرجل إذا طلّق زوجته ثلاثاً مجموعة بانت منه[9542].

٧٦٩٠ ـ الدليل السادس:

ثبت عن علي وعمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعبدالله بن عمرو بن العاص أنهم

(٩٥٣٨) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص١٧١.

(٩٥٣٩) «سنن أبي داود وشرحه عون المعبود» ج٦، ص ٢٩٠-٢٩١.

(٩٥٤٠) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٢٩١.

(٩٥٤١) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص ٢٦٩-٢٧١.

(٩٥٤٢) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٢٧٠.

أوقعوا الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً[٩٥٤٣].

ولو لم يكن عند عمر حجة في إمضاء الطلاق الثلاث بلفظ واحد، لما أقره عليه الصحابة فضلاً عن أن يوافقوه. ولو كان عند ابن عباس حجة عن رسول الله - ﷺ - أن الثلاث تعتبر واحدة، لم يخالفها وبقي بغيرها موافقة لعمر. فنحن في هذه المسألة تبع لأصحاب رسول الله - ﷺ - وهم أعلم بسنته وشرعه، ولو كان مستقراً من شريعته أن الثلاث تعتبر واحدة وتوفي رسول الله - ﷺ - والأمر على ذلك لم يخفَ عليهم ويعلمه من جاء بعدهم، ولم يحرموا الصواب فيه ويوفق له من بعده[٩٥٤٤].

٧٦٩١ - الدليل السابع:

وهناك أحاديث أخرى أقرَّ فيها النبي - ﷺ - الطلاق الثلاث جملة واحدة. ومن هذه الأحاديث:

(أ): حديث فاطمة بنت قيس، وفيه أن زوجها طلّقها ثلاثاً، وأن هذه الثلاث كانت مجموعة أي بلفظ واحد.

(ب): وفي «الصحيحين» عن عائشة - رضي الله عنها - أن رجلاً طلّق امرأته ثلاثاً... إلخ ولم يستفصل النبي - ﷺ - هل طلّقها ثلاثاً مجموعة أو متفرقة؟ ولو اختلف الحال لوجب الاستفصال.

(جـ): روى النسائي عن محمود بن لبيد قال أُخبر النبي - ﷺ - عن رجل طلّق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان ثم قال: أيلعب بكتاب الله وأنا بين أُظهركم حتى قام رجل فقال: يا رسول الله، ألا أقتله؟ ولم يقل: إنه لم يقع عليه إلا واحدة، بل الظاهر أنه أجازها عليه، إذ لو كانت زوجته ولم يقع عليه إلا واحدة لبيَّنَ له ذلك؛ لأنه إنما طلّقها ثلاثاً يعتقد لزومها، فلو لم يلزمه لقال له هي زوجتك بعد، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز

(د): روى الدارقطني عن معاذ بن جبل، قال: سمعت رسول الله - ﷺ - يقول: «يا معاذ من طلّق للبدعة واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ألزمناه بدعته»[٩٥٤٥].

فهذه الأحاديث أكثر وأشهر وعامتها أصح من حديث ابن عباس الذي جاء فيه أن الثلاثة

(٩٥٤٣) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٥٧.

(٩٥٤٤) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٥٨.

(٩٥٤٥) «إغاثة اللهفان» لابن القيم، ج١، ص ٣٠٧-٣١٠.

تعتبر طلقة واحدة، فيجب تقديم هذه الأحاديث على حديث ابن عباس(٩٥٤٦).

٧٦٩٢ ـ الدليل الثامن:

قال ابن حجر العسقلاني ـ رحمه الله تعالى ـ مرجحاً وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد: وإيقاع الثلاث للإجماع الذي انعقد في عهد عمر على ذلك، ولا يحفظ أن أحداً في عهد عمر خالفه فيه. وقد دلّ إجماعهم على وجود ناسخ ـ أي ناسخ لجعل الثلاث واحدة في عصر النبي ـ ﷺ ـ وعصر أبي بكر ـ وإن كان قد خفي عن بعضهم قبل ذلك حتى ظهر لجميعهم في عهد عمر، فالمخالف بعد هذا الإجماع منابذ لهم»(٩٥٤٧). ومما يدل على إجماع الصحابة عدم مخالفة أحد منهم عمر بن الخطاب في إمضائه الطلاق الثلاث(٩٥٤٨).

٧٦٩٣ ـ الدليل التاسع:

إن الله سبحانه وتعالى ملّكَ الزوج ثلاث تطليقات، وجعل إيقاعها إليه. فإن قلنا: إن جمع الثلاث جائز كما يقول الشافعي وابن حزم فيمن طلّق ثلاثاً بلفظ واحد، فقد فعل ما أبيح له فيصح. وإن قلنا جمع الثلاث حرام وإنه طلاق بدعي، فالشارع إنما ملّكه تفريق الطلقات الثلاث فسحة له فإذا جمعها فقد جمع ما فسح له في تفريقه، فلزمه حكمه كما لو فرّقه. وهذا كما أنه يملك تفريق المطلّقات وجمعهن، فكذلك يملك تفريق الطلاق وجمعه، فهذا قياس الأصول(٩٥٤٩).

٧٦٩٤ ـ أدلة القول الثاني:

وأصحاب هذا القول يقولون ـ كما ذكرنا عنهم ـ: الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بتكرار لفظ الطلاق ثلاثاً، هذا الطلاق يقع طلقة واحدة رجعية. وقد استدلوا بجملة أدلة نوجزها فيما يلي:

٧٦٩٥ ـ الدليل الأول:

إن الله تعالى لم يشرع قط طلاقاً بائناً بغير عوض لمدخول بها، إلا أن يكون آخر التطليقات الثلاث. ولم يشرع الله تعالى لأحد أن يطلّق الثلاث جميعاً بلفظ واحد، وكل طلاق شرعه الله

(٩٥٤٦) «إغاثة اللفان» لابن القيم، ج١، ص٣١٠.

(٩٥٤٧) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٣٦٥.

(٩٥٤٨) «فتح القدير» ج٣، ص٢٦.

(٩٥٤٩) «إغاثة اللهفان» لابن القيم، ج١، ص٢٩٩.

في القرآن في المدخول بها إنما هو طلاق رجعي، قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَأَمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ فهذه الآية دلّت على أن الطلاق الذي شرعه الله هو أن يكون مرة بعد مرة، وفي كل مرة يكون للزوج حقّ إرجاعها، فإذا طلّقها الطلقة الثالثة بانت منه، فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره، قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾. فإذا طلق ثلاثاً بلفظ واحد، لم يكن مطلقاً ثلاث مرات ولا موقعاً ثلاث تطليقات، بل يعتبر مطلقاً مرة واحدة وموقعاً تطليقة واحدة. ألا يرى أن الملاعن إذا قال: أشهد بالله أربع شهادات أني صادق لم يكن ذلك منه إلا شهادة واحدة باتفاق الفقهاء، وكذلك إذا قال أقسم بالله ثلاثاً كان حالفاً مرة واحدة، فكذلك ينبغي أن يكون الحكم إذا قال أنتِ طالق ثلاثاً، أي ينبغي أن يعتبر مطلقاً مرة واحدة وموقعاً تطليقة واحدة رجعية. ثم إن الطلاق جعله الله سبباً تترتب عليه آثاره المقررة شرعاً، وهي كما قلنا الفرقة التي تثبت فيها الرجعة، فإذا أراد المطلق أن يغير ذلك بأن يجعل هذا الطلاق سبباً لأن يستتبع فرقة لا رجعة فيها بأن يوصف الطلاق بأنه ثلاث لم يكن له ذلك؛ لأنه يعتبر من قبيل تغيير شرع الله أو نسخه بعد وفاة رسول الله ـ ﷺ ـ وهذا لا يجوز. وعلى هذا يقع الطلاق طلقة واحدة رجعية ويلغو الثلاث. ثم إن الطلاق الذي يملكه الزوج بتمليك الشرع هو ما كان على الصفة التي وقع عليها التمليك، وهو أن يكون طلاقه مرة بعد مرة، وفي كل مرة يكون الطلاق رجعياً وفي الثالثة تبين منه زوجته، فلا تحلّ له إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره. فهذا الطلاق بهذه الكيفية هو الذي يملكه الزوج، فإذا أوقعه على غير هذه الصفة الشرعية كما لو قال لها: أنتِ طالق ثلاثاً، رُدَّ إلى الطلاق المشروع الذي يملكه وهو اعتبار طلاقه طلقة واحدة رجعية وإلغاء لفظ الثلاث[٩٥٥٠].

٧٦٩٦ ـ الدليل الثاني:

في صحيح مسلم عن ابن عباس قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم».

٧٦٩٧ ـ الدليل الثالث:

روى الإمام أحمد في مسنده عن ابن عباس قال: طلّق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً فسأله رسول الله ـ ﷺ ـ: «كيف طلّقتها؟» قال: طلّقتها

(٩٥٥٠) «مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ج٣٣، ص٩، «إغاثة اللهفان» لابن القيم، ج١، ص٢٨٣، ٢٨٤، ٢٩٩-٣٠٠ «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٣٢.

ثلاثاً، فقال رسول الله - ﷺ -: «في مجلس واحد؟» قال: نعم. قال: «فإنما تلك واحدة فأرجعها إن شئت»، قال: فرجعها. فكان ابن عباس يرى أن الطلاق عند كل طهر[٩٥٥١].

٧٦٩٨ - الدليل الرابع:

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - وهو من القائلين بوقوع الثلاث واحدة - قال رحمه الله: «ولا نعرف أن أحداً طلّق على عهد رسول الله - ﷺ - امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة، فألزمه النبي - ﷺ - بالثلاث ولا روي في ذلك حديث صحيح ولا حسن ولا نقل أهل الكتب المعتمد عليها في ذلك شيئاً، بل رويت في ذلك أحاديث كلها ضعيفة باتفاق علماء الحديث، بل هي موضوعة[٩٥٥٢].

٧٦٩٩ - الدليل الخامس:

وأما إمضاء عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - الثلاث بلفظ واحد، فقد قال فيه شيخ الإسلام ابن تيمية: «فإنه - أي عمر رضي الله عنه - لما رأى الناس قد أكثروا مما حرمه الله عليهم من جمع الثلاث، ولا ينتهون من ذلك إلا بعقوبة، رأى عقوبتهم بإلزامهم بها لئلا يفعلوها. إما من نوع التعزير العارض الذي يفعل عند الحاجة، وإما ظنّاً أن جعلها واحدة كان مشروطاً بشرط وقد زال»[٩٥٥٣].

٧٧٠٠ - أدلة القول الثالث:

وهذا القول هو وقوع الثلاث طلقة واحدة في غير المدخول بها، ووقوعها ثلاثاً في المدخول بها. والذين قالوا بهذا القول جماعة من أصحاب ابن عباس وإسحاق بن راهويه كما ذكر ابن القيم، وقد أشرنا إلى ذلك.

٧٧٠١ - الدليل الأول:

روى أبو داود عن طاووس: «أن رجلاً يقال له أبو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس، قال: أما علمت أن الرجل كان إذا طلّق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله - ﷺ - وأبي بكر وصدراً من إمارة عمر؟ قال ابن عباس: بلى. كان الرجل إذا طلّق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله - ﷺ - وأبي بكر وصدراً من

(٩٥٥١) «مجموع فتاوى ابن تيمية» ج٣٣، ص١٣ و«شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٣٦٢.

(٩٥٥٢) «مجموع فتاوى ابن تيمية» ج٣٣، ص ١٢-١٣.

(٩٥٥٣) «مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص١٥-١٦.

إمارة عمر، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال: أجيزوهن عليهم» وجاء في شرح هذا الحديث والتعليق عليه: «وقد تمسك بهذه الرواية من ذهب إلى أن المطلقة إن كانت مدخولاً بها وقعت الثلاث، وإن لم تكن مدخولاً بها فواحدة[٩٥٥٤]. وقد تأول إسحاق بن راهويه حديث طاوس عن ابن عباس: «كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله - ﷺ - وأبي بكر وعمر يجعل واحدة» على الطلاق قبل الدخول»[٩٥٥٥].

٧٧٠٢ - الدليل الثاني:

واحتج البعض لهذا القول وهو وقوع الثلاث واحدة على غير المدخول بها بأنه لا عدة عليها، فتبين بالواحدة ويلغو ما سواها. قال الإمام القرطبي في «تفسيره»: «وربما اعتلوا فقالوا: غير المدخول بها لا عدة عليها، فإذا قال: (أنتِ طالق ثلاثاً). فقد بانت بنفس فراغه من قوله: (أنتِ طالق)، فيرد (ثلاثاً) عليها وهي بائن فلا يؤثر شيئاً. ولأن قوله: (أنتِ طالق) مستقل بنفسه، فوجب أن لاتقف البينونة في غير المدخول بها على ما يأتي بعد (أنتِ طالق)[٩٥٥٦].

٧٧٠٣ - اختلاف بين أصحاب القول الثالث:

هذا ومن الجدير بالذكر أن نقول هنا: إن هناك اختلافات بين الفقهاء فيما يقع على غير المدخول بها من الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متفرقة في مجلسٍ واحد، بغض النظر عن أقوالهم فيما يقع على من ذلك على المدخول بها. فالمنقول عن سعيد بن جبير وطاووس وأبي الشعثاء، وعطاء وعمرو بن دينار أنهم كانوا يقولون: «من طلّق البكر ثلاثاً فهي واحدة»[٩٥٥٧]. ويقصدون (بالبكر) الزوجة غير المدخول بها. والظاهر أنهم يريدون بالثلاث التي تعتبر واحدة، الثلاث بلفظ واحد أو متفرقة في مجلس واحد. أما فقهاء الأمصار: سفيان الثوري والحنفية والشافعي وأحمد، فقد قالوا: إذا قال الرجل لزوجته غير المدخول بها: أنتِ طالق، أنتِ طالق، أنتِ طالق. فإن الفرقة تقع بالطلقة الأولى أي بعبارته الأولى: (أنتِ طالق) وتلغو الأخريان؛ لأن الزوجة قد بانت بالطلقة الأولى. وقال مالك وربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى: تقع الثلاث عليها ولا تحلّ لمطلّقها حتى تنكح زوجاً غيره. ولكن لو سكت بين التطليقة الأولى

(٩٥٥٤) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص ٢٧٤-٢٧٥.

(٩٥٥٥) «إغاثة اللهفان» لابن القيم، ج١، ص٣٢٤.

(٩٥٥٦) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٣٣.

(٩٥٥٧) «إغاثة اللهفان» لابن القيم، ج١، ص٣٢٥، «المغني» ج٧، ص١٠٤.

والثانية، بانت بالأولى ولم تلحقها الثانية[٩٥٥٨]. وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإن طلّق ثلاثاً بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، ولا فرق بين قبل الدخول وبعده، روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبدالله بن عمرو بن العاص وابن مسعود وأنس وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم[٩٥٥٩].

٧٧٠٤ ـ أدلة القول الرابع:

أصحاب هذا القول يقولون إن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به طلاق لا واحدة ولا ثلاث. واحتجوا بأن الطلاق بهذه الصيغة بدعة، والبدعة حرام في شرع الإسلام ولا يترتب عليها أثر، فقد جاء في الحديث النبوي الشريف: «من أحدثَ في أمرِنا ما ليس منه فهو ردٌّ».

٧٧٠٥ ـ مناقشة أدلة القول الأول[٩٥٦٠]:

أولاً: احتجـاجهم بآيات الـطلاق ومنها: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وأنها لا تفرق بين ثلاثة مجموعة أو مفرقة. هذا الاحتجاج يردّ عليه أن هذه الآية الكريمة لا علاقة لها بإباحة الثلاث مجموعة أو مفرقة؛ لأن موضوعها بيان حرمة المطلقة في تطليقتها الثالثة على مطلّقها حتى تنكح زوجاً غيره.

٧٧٠٦ ـ ثانياً: إيقـاع الطلاق ثلاثاً من قبل عويمر العجلاني بعد إجراء اللعان بينه وبين زوجته لا يصلح حجة لهم؛ لأن الزوجة بعد اللعان تحرم على زوجها تحريماً مؤبداً، فما زاد الطلاق الثلاث هذا التحريم إلا تأكيداً وقوة؛ لدلالته على عزم عويمر على المفارقة التي حصلت باللعان، كما أن هذا الطلاق قد وقع على أجنبية لوقوع الفرقة بينهما باللعان.

٧٧٠٧ ـ ثالثاً: الطلقات الثلاث الواردة في حديث فاطمة بنت قيس لم تكن مجموعة؛ لأن زوجها كان قد طلقها تطليقتين من قبل ثم طلقها آخر الثلاث.

٧٧٠٨ ـ رابعاً: أما ادّعاء الإجماع على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، فالواقع عدم وجود إجماع على وقوع الثلاث دفعة واحدة، فالنزاع في هذه المسألة قديم، فابن عباس وطاووس وغيرهما كانوا يقولون في الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع به واحدة. بل يمكن القول إن الإجماع

(٩٥٥٨) «إغاثة اللهفان» ج١، ص ٣٢٤-٣٢٥، «المغني» ج٧، ص ٢٣٠-٢٣١.

(٩٥٥٩) «المغني» ج٧، ص١٠٤.

(٩٥٦٠) «إغاثة اللهفان» لابن القيم، ج١، ص٣١٤ وما بعدها، «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٥٤ وما بعدها، «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٣١ وما بعدها.

انعقد على هذا، فقد كان الطلاق الثلاث يعتبر واحدة في عهد النبي - ﷺ - وأبي بكر وفي أول عهـد خلافـة عمر كما جاء في حديث ابن عباس. وعلى كل حال فلا إجماع على ما يقوله أصحاب القول، وقد حكى الإمام الطحاوي الخلاف في هذه المسألة كما ذكرنا من قبل.

٧٧٠٩ - خامساً: احتجاجهم بحديث ركانة وفيه أنه طلق امرأته البتّة، وأن النبي - ﷺ - استحلفه ما أراد بها إلا واحدة»، فهذا حديث لا يصح، فقد قال الإمام أحمد: «حديث ركانة ليس بشيء؛ لأن ابن إسحاق يرويه عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن ركانة طلّق امرأته ثلاثاً». وأهل المدينة يسمون من طلق ثلاثاً: أنه طلّق البتّة.

٧٧١٠ - سادساً: الاحتجاج بأن ابن عباس أفتى بوقوع الثلاث. يرد على هذا الاحتجاج أن الثابت عن ابن عباس فتواه بوقوع الثلاث واحدة، وفتواه أيضاً بوقوعها ثلاثاً. وفتواه بوقوعها ثلاثاً هو رأيه، وفتواه بأنها واحدة هي روايته، والعبرة بما يرويه الراوي عن النبي - ﷺ - لا بما يفتي به برأيه، وعلى هذا علماء الأصول.

٧٧١١ - سابعاً: حديث محمود بن لبيد في قصة المطلق ثلاثاً، لا حجة لهم فيه؛ لأنه لم يرد في الحديث أن النبي - ﷺ - أجاز طلاقه، وكيف يظن برسول الله - ﷺ - أنه أجاز عمل من استهزأ بكتاب الله.

٧٧١٢ - ثامناً: حديث عائشة، أن رجلاً طلّق امرأته ثلاثاً فسأل النبي - ﷺ - أتحلّ للأول؟ هذا حديث صحيح، ولكن لم يرد فيه أنه طلّقها ثلاثاً بلفظ واحد. وقولهم: ولم يستفصل هل طلّقها ثلاثاً مجتمعة أو متفرقة. جوابه أن الحال قد كان عندهم معلوماً، وهو الطلاق المتفرق المشروع.

٧٧١٣ - تاسعاً: وأما حديث معاذ بن جبل، فالجواب عليه أن هذا حديث باطل، وإنما رواه البيهقي للمعرفة، وفي سنده من هو متروك الحديث.

٧٧١٤ - عاشراً: قولهم: إن الله تعالى ملّكَ الزوج ثلاث تطليقات وجعل إيقاعها إليه... إلخ، يردّ على هذا الاحتجاج بأن الله تعالى ملّكه طلاقاً يملك فيه الرجعة ما لم يكن بعوض أو مكملاً للطلقات الثلاث، وجعل سبحانه وتعالى أحكام أنواع الطلاق من لوازمها التي لا تنفك عنها، فلا يجوز تغيير أحكامها وآثارها المقررة شرعاً، فكما لا يجوز في الطلاق قبل الدخول أن تثبت فيه الرجعة، فكذلك لا يجوز في الطلاق غير المسبوق بتطليقتين، والطلاق الخالي من العوض أن يتغير حكمه، فيقع على وجه لا تثبت فيه الرجعة عن طريق اقترانه بلفظ الثلاث، فإن هذا مخالف لحكم الله الذي حكم به بشأن هذا النوع من الطلاق.

٧٧١٥ ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

هذا القول كما ذكرنا من قبل يعني أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلاق بدعي محظور، فلا يصح منه إلا طلقة واحدة وهي المستفادة من قوله: «أنتِ طالق» أما كلمة «ثلاثاً» التي تعقب قوله: (أنتِ طالق) فهذه الكلمة لغو لا يترتب عليها شيء. وقد اعترض على هذا القول بما يأتي:

٧٧١٦ ـ الاعتراض الأول:

إن الطلاق بجمع الثلاث وإن كان منهياً عنه، ولكن هذا لا يمنع من وقوعه؛ لأنه كما قال الإمام الطحاوي: «لأنا قد رأينا أشياء مما قد نهى الله تعالى العباد عن فعلها أوجب عليهم إذا فعلوها أحكاماً، من ذلك أنه نهاهم عن الظهار ووصفه أنه منكر من القول وزور، ولم يمنع ما كان كذلك أن تحرم به المرأة على زوجها حتى يفعل ما أمره الله تعالى به من الكفارة. فلما رأينا الظهار قولاً منكراً وزوراً، وقد لزمت به حرمة كان كذلك الطلاق المنهي عنه هو منكر من القول وزور والحرمة به واجبة»[٩٥٦١].

٧٧١٧ ـ رد على هذا الاعتراض:

ولكن يرد على هذا الاعتراض اعتراض هو أن الظهار محرم في نفسه، وأنه جريمة رتب عليها الشارع جزاءً هي الكفارة ـ كفارة الظهار ـ أما الطلاق فليس كذلك، فلا يصح إلحاقه بالظهار والقياس عليه.

٧٧١٨ ـ الاعتراض الثاني:

حديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ الذي جاء فيه أن الطلاق الثلاث كان على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلقة واحدة.. إلخ». هذا الحديث اعترض عليه بجملة اعتراضات، نوجزها فيما يأتي[٩٥٦٢]:

(٩٥٦١) «شرح معاني الآثار» للإمام الطحاوي، ج٣، ص٥٧.

(٩٥٦٢) «صحيح البخاري» بشرح العسقلاني، ج٩، ص٣٦٢ وما بعدها، «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٧١-٧٢، «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٣١-٢٣٤، «سبل السلام» للصنعاني، ج٣، ص٢٣٠-٢٣٢، «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص١٦٨-١٦٩، «زاد المعاد» ج٤، ص٥٤ وما بعدها، «إغاثة اللهفان» ج١، ص٢٨٥ وما بعدها.

٧٧١٩ ـ أولاً: حديث ابن عباس يتعلق بغير المدخول بها:

الاعتـراض الأول على حديث ابن عباس أنه يتعلق بالزوجة غير المدخول بها ولا يتعلق بالمدخول بها، فقد جاء هذا الحديث في رواية لأبي داود، وفيها قول القائل لابن عباس: «أما علمتَ أن الرجل كان إذا طلَّق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ وأبي بكر وصدر من إمارة عمر؟ فقال ابن عباس: بلى». ووجهوا ذلك بأن غير المدخول بها تبين من زوجها إذا قال لها: «أنتِ طالق»، فإذا أضاف كلمة «ثلاثاً» إلى قوله: «أنتِ طالق» لغا العدد لوقوعه بعد البينونة.

٧٧٢٠ ـ ردّ على ردّ:

ويردّ على ما قالـوه: إن قول المطلّق لزوجته غير المدخول بها: «أنتِ طالق ثلاثاً» كلام متصـل غير منفصل، فكيف يصح جعله كلمتين وإعطاء كل كلمة حكماً؟ أما رواية أبي داود لحـديث ابن عباس، وأنها واردة في الطلاق الثلاث في غير المدخول بها، هذه الرواية بهذا اللفظ ـ على فرض صحتها ـ لا تمنع صدق الرواية الأخرى لحديث ابن عباسٍ التي أخرجها الإمام مسلم في صحيحه على المطلقة بعد الدخول؛ لأن التقييد في رواية أبي داود بكونه قبل الدخول لا ينافي صدق الرواية الأخرى الصحيحة على المطلقة بعد الدخول؛ لأن غاية ما في رواية أبي داود أنه وقع فيها التنصيص على بعض أفراد مدلول الرواية الصحيحة التي رواها الإمام مسلم، وذلك لا يوجب الاختصاص بالبعض الذي وقع التنصيص عليه في رواية أبي داود.

٧٧٢١ ـ ثانياً: ادّعاء علم ابن عباس بالناسخ:

واعترض على حديث ابن عباس بأن طلاق الثلاث كانت واحدة بأن هذا كان قبل نسخه، وأن ابن عبـاس علم بالنـاسـخ ولم يشتهـر العلم بنسخه، فقد نقل الإمام البيهقي عن الإمام الشافعي أنه قال: يشبه أن يكون ابن عباس علم شيئاً نسخ المروي عنه بأن الثلاث تقع واحدة. قال البيهقي: ويقوي ما قاله الإمام الشافعي ما أخرجه أبو داود عن ابن عباس قال: «كان الرجل إذا طلّق امرأته فهو أحقّ برجعتها وإن طلّقها ثلاثاً فنسخ ذلك»، إلاّ أنه لم يشتهر النسخ فبقي الحكم المنسوخ معمولاً به إلى أن أنكره عمر.

٧٧٢٢ ـ الردّ على ادّعاء علم ابن عباس بالناسخ:

ولكن يردّ على دعوى علم ابن عباس بالناسخ وما عضد بها من رواية أبي داود، بأن يقال بأن حديث أبي داود ورد بشأن ما كان عليه أمر المراجعة، حيث كان الرجل يطلّق امرأته ويراجعها

بغير عدد فنسخ ذلك وقصر على ثلاث فيها تنقطع الرجعة. ثم كيف يستمر العمل بالمنسوخ على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ وعهد أبي بكر وصدر من خلافة عمر ولا تعلم الأُمَّة بالناسخ، وهو من أهم الأمور المتعلقة بحلّ الفروج؟ ثم كيف يقول عمر ـ رضي الله عنه ـ: إن الناس قد استعجلوا في شيء كانت لهم فيه أناة، وهل للأمة أناة في المنسوخ بوجه ما؟ ثم إن عمر ـ رضي الله عنه ـ لم يذكر علمه بالناسخ، وإنما ذكر رأيه فيما ذهب إليه وتبرير هذا الرأي ولو كان هناك ناسخ لذكره وبيّنه إذ في بيانه ما يكفي ويغني عن تعليل رأيه.

٧٧٢٣ ـ ثالثاً: حديث ابن عباس مختلف في حجته، فلا يقدم على الإجماع:

واعترض بعضهم على حديث ابن عباس بأنه مختلف في صحته، فكيف يقدم على الإجماع القاضي بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد؟ وهذا قول الإمام ابن العربي ثم قال: ويعارض حديث ابن عباس حديث محمود بن لبيد، وفيه التصريح بأن الرجل طلّق ثلاثاً بلفظ واحد، ولم يرده النبي ـ ﷺ ـ بل أمضاه.

٧٧٢٤ ـ ردّ على ردّ:

ويرد على هذا الاعتراض على حديث ابن عباس بما ردّ به ابن حجر العسقلاني ـ رحمه الله تعالى ـ حيث قال: «وليس في سياق حديث محمود بن لبيد تعرض لإمضاء طلاق الرجل ولا ردّه». وأما دعوى الإجماع فغير واردة إذ لا إجماع على وقوع الطلاق الثلاث ثلاثاً. وإذا اُريد التعلق بالإجماع، فيمكن أن يقال: إن الإجماع على وقوع الثلاث واحدة هو الإجماع الثابت في عهد النبي ـ ﷺ ـ وأبي بكر وفي سنتين من خلافة عمر كما يدل عليه ظاهر حديث ابن عباس.

٧٧٢٥ ـ رابعاً: انفراد ابن عباس بما رواه يوجب التوقف فيه:

واعترض على حديث ابن عباس أنه في ظاهر سياقه يدل على أن الحكم الذي فيه منقول عن جميع أهل ذلك العصر ـ أي العصر الذي كانت تعتبر فيه الثلاث واحدة ـ، والعادة تقضي أن يظهر ذلك وينتشر ولا ينفرد به ابن عباس، وهذا يقتضي التوقف عن العمل بظاهره إذا لم يقتضِ القطع ببطلانه.

٧٧٢٦ ـ ردّ على ردّ:

ويردّ على هذا الاعتراض على حديث ابن عباس بأنه مجرد استبعاد، فإنه كم من سنة نبوية وحادثة انفرد بها راوٍ واحد، ولم يضر هذا الانفراد ولم يقدح بصحة الرواية وثبوت الحادثة أو السنة

النبوية، فكيف إذا كان المنفرد بالرواية ابن عباس؟

٧٧٢٧ ـ خامساً: حديث ابن عباس مقصور على صورة خاصة:

واعترض البعض على حديث ابن عباس بأنه ورد في صورة خاصة هي قول المطلق: أنتِ طالق، أنتِ طالق، أنتِ طالق. وإن قائل ذلك في عهد النبي ـ ﷺ ـ وأبي بكر وأوائل خلافة عمر، إنما كان يريد بهذا التكرير للفظ «أنتِ طالق» التأكيد لا استئناف الطلاق وتعدده، وكان ذلك يقبل منهم لسلامة صدورهم إذا ادعوا أنهم أرادوا التأكيد لا تأسيس طلاق ثانٍ أو ثالثٍ، ويُصدَّقون بدعواهم «فلما كثر الناس في زمن عمر وكثر فيهم الخداع ونحوه مما يمنع قبول من ادعى التأكيد، حمل عمر اللفظ على ظاهر التكرار فأمضاه عليهم. وهذا الجواب ارتضاه القرطبي وقوّاه بقول عمر: إن الناس استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة. وكذا قال النووي: إن هذا أصح الأجوبة» هذا ما نقله الإمام ابن حجر العسقلاني في شرحه لصحيح البخاري، عن ابن سريج وغيره ولم يعقب ابن حجر على هذا القول[٩٥٦٣].

٧٧٢٨ ـ ردّ على ردّ:

واعتراضهم أو ردّهم على حديث ابن عباس بأنه ورد في صورة خاصة هي التي ذكروها... إلى آخر ما قالوه، يرد عليه ما يلي:

(أ): إن ظاهر عبارة ابن عباس: «كان الطلاق الثلاث واحدة» إنه كان ذلك بأية صيغة جاءت الثلاث، أي سواء جاءت مجتمعة كقول المطلّق: (أنتِ طالق ثلاثاً)، أو جاءت متفرقة كقول المطلّق (أنتِ طالق. أنتِ طالق. أنتِ طالق)، فالثلاث في هاتين الصيغتين كانت تعتبر واحدة.

(ب): لو كان الحديث محمولاً على ما ذكروه لظل الحكم دون تغيير؛ لأن المدار إذا كان على قصد التأكيد فتقع الثلاث واحدة، وإن كان على قصد التأسيس فتقع الثلاث ثلاثاً، فإن الحكم يترك لنيّة المطلّق وينبغي تصديقه، سواء كان المطلّق برّاً أو فاجراً؛ لأن الطلاق حقّه، واللفظ يحتمل التأكيد والتأسيس والسبيل لحمل اللفظ على أحدهما ما نواه، ونيّته تعرف عن طريقه وما يدعيه. وإن كان ادّعاء التأكيد لا يقبل في أحكام الدنيا، فإنه لا يقبل من البرّ كما لا يقبل من الفاجر.

(جـ): لا أرى وجهاً مقبولاً للقول بأن الخداع كثر في الناس في زمان عمر؛ لأن الناس

(٩٥٦٣) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٣٦٤.

في زمان عمر هم أصحاب رسول الله - ﷺ - في غالبيتهم العظمى وهم خير خلق الله بعد رسول الله - ﷺ - ومن وجد فيهم من التابعين فهم تلامذتهم والتابعون لسلوكهم في صدقهم وإيمانهم، وزمان عمر هو خير الأزمان بعد زمن رسول الله - ﷺ - وزمن أبي بكر، فكيف يصح القول بكثرة الخداع فيهم؟ وما وجه هذا الخداع؟ إنه أسلوب لإيقاع الطلاق قد يقع من البعض بأن يطلق ثلاثاً بلفظ واحد خلافاً للطلاق الذي أرشد إليه الإسلام؛ لأنهم غير معصومين من الخطأ، ولكن لا يقدح هذا في عدالتهم ولا يعني الخداع منهم.

٧٧٢٩ - سادساً: حمل حديث ابن عباس على تغير عادات الناس:

وقال بعضهم: إن معنى قول ابن عباس: «كان طلاق الثلاث واحدة في عهد رسول الله - ﷺ -.. إلخ» أي أن الطلاق الذي يوقعه الناس في زمن عمر بصيغة الثلاث، كانوا يوقعونه قبل ذلك واحدة بأن يقول المطلق منهم: «أنتِ طالق»؛ لأنهم ما كانوا يستعملون الثلاث أصلاً، أو كانوا يستعملونها نادراً. فلما كثر استعمالهم للفظ الثلاث في زمن عمر أمضاه عليهم وأجازه. فم يفعل عمر - رضي الله عنه - أكثر من تنفيذ حكم الثلاث عليهم وهو الحكم المقرر شرعاً له، وإنما لم يظهر تنفيذه من قبل لعدم استعمال الثلاث في الطلاق، أو ندرة استعماله. فعلى هذا يكون حديث ابن عباس وارداً لبيان اختلاف عادات الناس في كيفية أو صيغة إيقاع الطلاق، وليس في وقوعه حسب الكيفية أو الصيغة التي يوقعون بها الطلاق، ومعنى ذلك أن الحكم الشرعي في وقوع الثلاث ثلاثاً ثابت في الشرع ثبوت وقوع الطلاق واحدة بصيغة الواحدة وإنما الخلاف هو فقط في استعمال الناس لهذه الصيغة أو تلك، فالناس في زمن عمر أكثروا من استعمال صيغة الطلاق ثلاثاً، بينما لم يكن استعمال الطلاق بهذه الصيغة من قبل أو كان نادراً؟ فأعلن عمر تنفيذ حكمه الشرعي المقرر له، وهو إمضاء هذا الطلاق بطلقاته الثلاث وإن جاءت بلفظ واحد.

٧٧٣٠ - ردّ على ردّ:

ويردّ على هذا التأويل أن الناس ما زالوا يطلقون واحدة أو ثلاثاً، وقد طلّق رجال نساءهم على عهد النبي - ﷺ - ثلاثاً، فمنهم من ردّها النبي - ﷺ - إلى واحدة، ومنهم من أنكر عليه النبي - ﷺ - وغضب عليه لإيقاعه الطلاق ثلاثاً، وجعله متلاعباً بكتاب الله ولم يعرف ما حكم به عليه. وفي رواية عن ابن عباس: كان الرجل إذا طلّق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة. وكل هذا يدل على وقوع التطليق بصيغة الثلاث وبصيغة الواحدة، فلا يصح حمل الحديث على ما حملوه عليه. ثم إن قول عمر - رضي الله عنه -: «فلو أمضيناه عليهم» يدل على

أن الطلاق الثلاث في عصر النبي - ﷺ - وأبي بكر لم يعتبر وقوعه ثلاثاً حتى رأى عمر ذلك.

٧٧٣١ - سابعاً: حديث ابن عباس موقوف عليه:

وردّ البعض حديث ابن عباس بحجة أنه موقوف عليه، فليس له حكم الرفع، أي ليس له حكم الخبر المرفوع إلى النبي - ﷺ -، فلا يكون بمنزلة حديث رسول الله - ﷺ -.

٧٧٣٢ - ردّ على ردّ:

ويردّ على ردّهم هذا أن المقرر في أصول الحديث وأصول الفقه أن قول الصحابي: كنا نفعل، وكانوا يفعلون، في عهد النبي - ﷺ -، أو كان كذا يعتبر كذا في عهد النبي - ﷺ - أن لهذه الصيغ ومضامينها حكم الحديث المرفوع.

٧٧٣٣ - ثامناً: ابن عباس أفتى بخلاف ما روى:

وردّ البعض حديث ابن عباس بأن الطلاق الثلاث كان واحدة.. إلخ. إن ابن عباس - رضي الله عنه - أفتى بخلاف ما رواه، فقد ثبت أنه أفتى بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ولم يجعلها واحدة، ولا يظنّ بابن عباس أن يحفظ عن النبي - ﷺ - شيئاً ويفتي بخلافه.

٧٧٣٤ - ردّ على ردّ:

ويردّ على هذا الردّ بأن الحجة فيما روى لا فيما رأى، وبهذه القاعدة يأخذ العلماء. والمسوغات للراوي لترك العمل بروايته والعمل برأيه المخالف لمضمون روايته، هذه المسوغات كثيرة: منها النسيان، والتأويل، أي قد يتأول الراوي الحديث فيحمله هذا التأويل على العمل خلافه، ولهذا أخذ الإمام أحمد بن حنبل - كما ذكر ابن القيّم - برواية ابن عباس لحديث بريرة وأن بيع الأَمَة لا يكون طلاقاً لها؛ لأن النبي - ﷺ - خيَّرها ولو أن نكاحها انفسخ ببيعها لم يخيّرها مع أن مذهب ابن عباس أن بيع الأَمَة طلاقها.

٧٧٣٥ - تاسعاً: ليس في حديث ابن عباس إقرار النبي - ﷺ - لمضمونه:

قال ابن حزم في رده حديث ابن عباس: «فليس فيه أنه عليه الصلاة والسلام هو الذي جعلها - أي الثلاث - واحدة أو ردّها إلى الواحدة، ولا أنه ﷺ علم بذلك فأقرّه، ولا حجة إلا فيما صحَّ أنه عليه الصلاة والسلام قاله أو فعله أو علمه فلم ينكره».

٧٧٣٦ ـ ردّ على ردّ:

ويردّ على قول ابن حزم في ردّه لحديث ابن عباس أن من الممتنع أو المستحيل أن يكون خيار الخلق بعد أصحاب رسول الله ـ ﷺ ـ يطلّقون نساءهم ثلاثاً في عهد رسول الله ـ ﷺ ـ ويراجعون نساءهم بعد هذا الطلاق، ولا يخبرون بذلك رسول الله ـ ﷺ ـ وهو بينهم، ولا يتنزل عليه الوحي يخبره بذلك وبالحكم الصحيح. ثم إن قول الصحابي كنا نفعل كذا أو كانوا يفعلون، أو كان كذا حكمه كذا في عهد رسول الله ـ ﷺ ـ، هذا القول من الصحابي بهذه الصيغ له حكم الحديث المرفوع إلى رسول الله ـ ﷺ ـ.

٧٧٣٧ ـ عاشراً: الادعاء بأن حديث ابن عباس مضطرب وشاذ:

وقال البعض في ردّه حديث ابن عباس: إنه مضطرب، وفيه شذوذ، ومختلف في صحته؛ ولهذا لم يروه الإمام البخاري في «صحيحه».

٧٧٣٨ ـ ردّ على ردّ:

ويردّ على هذا الردّ بأن حديث ابن عباس صحيح الإسناد ولا اضطراب فيه ولا شذوذ في متنه، ولا في سنده، ولا اختلاف في صحته. وكيف يتهيأ القدح في صحته ورواته كلهم أئمة حفّاظ؟ وترك الإمام البخاري روايته لا يوهنه وله حكم أمثاله من الأحاديث الصحيحة التي لم يخرجها البخاري. هذا وإن الشذوذ المُدَّعى به في هذا الحديث غير موجود؛ لأن الشذوذ هو أن يخالف الراوي الثقات فيما رووه فيشذ عنهم بروايته، فأما إذا روى الثقة حديثاً انفرد بروايته ولم يروِ الثقاة خلافه، فانفراده لا يسمى شذوذاً. وإن سمي شاذاً بهذا المعنى لم يكن ذلك موجباً لردّه. قال الإمام الشافعي ـ فيما ذكره الإمام ابن القيم عنه في «إغاثة اللهفان» ـ وليس الشاذ أن ينفرد الثقة برواية الحديث، بل الشاذ أن يروى خلاف ما رواه الثقات».

٧٧٣٩ ـ مناقشة أدلة القول الثالث:

وأصحاب هذا القول، كما ذكرنا عنهم، يوقعون الثلاث على المدخول بها، ويوقعون واحدة على غير المدخول بها. وقد بيّنا مستندهم وهو رواية أبي داود عن ابن عباس[٩٥٦٤]. وأن غير المدخول بها لا عدة عليها فتبين بتلفظ المطلّق: (أنتِ طالق) ويلغو لفظ (ثلاثاً) التي يأتي بها بعد (أنتِ طالق)[٩٥٦٥].

(٩٥٦٤) الفقرة ٧٧٠٤.

(٩٥٦٥) الفقرة ٧٧٠٥.

٧٧٤٠ ـ ردّ على ردّ:

وقد رددنا على ما تعلق به أصحاب هذا القول عند مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني ومناقشة اعتراضاتهم على حديث ابن عباس، فلا نعيده هنا[٩٥٦٦].

٧٧٤١ ـ مناقشة أدلة القول الرابع:

وأصحاب هذا القول يقولون: لا يقع بالطلاق الثلاث بلفظ واحد طلاق لا ثلاث ولا واحدة؛ لأن الطلاق بهذه الصيغة بدعة محرمة، فلا يترتب عليها شيء؛ لقوله ﷺ: «من أحدثَ في أمرِنا هذا ما ليس منه فهو ردٌّ».

٧٧٤٢ ـ ردّ على ردّ:

ويردّ على هذا القول من وجوه:

الوجه الأول: إن القائلين بوقوع الطلاق ثلاثاً إذا قال المطلق: «أنتِ طالق ثلاثاً»، والقائلين بأن الواقع بهذه الصيغة طلقة واحدة يحتجون كلهم بما ورد في السنة النبوية، وبما دلّت عليه آيات الطلاق في القرآن، ومعنى ذلك أن الجميع يرون وقوع الطلاق بلفظ الثلاث، ولكنهم يختلفون فيما يقع بهذا اللفظ من عدد الطلقات، هل يقع ثلاث طلقات أم طلقة واحدة، فالقول بعدم وقوع طلاق أصلًا بصيغة: «أنتِ طالق ثلاثاً» قول خارج عن أقوال الجميع ولا دليل عليه من القرآن أو من السنة؛ لأن السنة أوقعت به طلاقاً إما ثلاثاً وإما واحدة.

الوجه الثاني: إن هذا القول لم يقل به أحد من سلف الأُمَّة، فيكون شاذاً كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية.

الوجه الثالث: وكون الطلاق الثلاث بلفظ واحد محظور أو بدعة، لا يستلزم القول بعدم وقوع الطلاق الثلاث أو الطلقة الواحدة. فالظهار سماه الله تعالى: ﴿مُنْكَراً مِنَ القَوْلِ وَزُوراً﴾، ومع هذا ترتب عليه أثره وهو تحريم الزوجة حتى يقوم الزوج المظاهر بأداء كفّارة الظهار. ثم إن المحظور أو الابتداع جاء من ذكر لفظ «الثلاث» مع قول المطلّق: «أنتِ طالق»، فإذا أهدرنا لفظ (الثلاث) ولم نرتب عليها أثراً، واعتبرنا قول المطلق: «أنتِ طالق» فقط دون اعتبار للفظ (الثلاث)، فيكون الواقع واحدة.

٧٧٤٣ ـ رأينا في مسألة الطلاق الثلاث مجتمعة:

وقبل أن نبيّن رأينا في مسألة الطلاق الثلاث مجتمعة أي بقول القائل «أنتِ طالق ثلاثاً»،

(٩٥٦٦) الفقرة ٧٧٢٣.

أو أنتِ طالق، أنت طالق، أنتِ طالق. يجب أن نذكر ما ورد في كتاب الله العزيز بشأن الطلاق المشروع وما قد يستدل به على مسألتنا. ثم نبيِّن ما ورد في السنة النبوية الشريفة مما له علاقة بمسألتنا، وما قد يستدل به عليها. ثم ننظر في الإجماع وهل انعقد على شيء معين يتعلق بمسألتنا. ثم ننظر في القياس وعلى أي شيء يدل في مسألتنا. فإذا فرغنا من ذلك أمكن أن نبيِّن رأينا في هذه المسألة، وبه يتبيَّن ما نرجحه فيها.

٧٧٤٤ ـ أولاً: ما يستفاد من القرآن بشأن الطلاق ثلاثاً:

نذكر فيما يلي ما ورد في القرآن الكريم مما يستفاد منه بشأن الطلاق ثلاثاً منعاً منه أو إباحة له.

أ: الآية الأولى:

قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٩٥٦٧]. وهذا إما أن يكون خبراً في معنى الأمر ـ أي إذا طلّقتم فطلقوا مرتين ـ وإما أن يكون خبراً عن حكمه الشرعي الديني، أي الطلاق الذي شرعته لكم وشرعت فيه الرجعة: مرتان. وعلى التقديرين إنما يكون ذلك مرة بعد مرة، فلا يكون موقعاً للطلاق الذي شرع إلا إذا طلّق مرة بعد مرة، ولا يكون موقعاً للطلاق المشروع بقوله: أنتِ طالق ثلاثاً أو مرتين. ويوضح ذلك أنه حصر الطلاق المشروع في مرتين فلو شرع جمع الطلاق في دفعة واحدة لم يكن الحصر صحيحاً، ولم يكن الطلاق كله مرتين، بل كان منه مرتان ومنه مرة واحدة تجمعه، وهذا خلاف ظاهر القرآن وهو أنه لا طلاق للمدخول بها إلا مرتين وتبقى الطلقة الثالثة المحرمة بعد ذلك. ويدل على ذلك ويزيده وضوحاً قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. فهذا حكم كل طلاق شرعه الله إلا الطلقة المسبوقة بطلقتين قبلها، فإنه لا يبقى بعدها إمساك[٩٥٦٨]. وبمثل هذا التفسير لهذه الآية الكريمة جاء في «تفسير الرازي» بصدد هذه الآية على أحد القولين في تفسيرها، فقد جاء فيه: «اختلف المفسرون في أن هذا الكلام ـ أي قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ. .﴾إلخ ـ حكم مبتدأ أو هو متعلق بما قبله؟ قال قوم: إنه حكم مبتدأ، ومعناه أن التطليق الشرعي يجب أن يكون تطليقة بعد تطليقة على التفريق دون الجمع والإرسال دفعة واحدة وهذا التفسير هو قول من قال: الجمع بين الثلاث حرام. وحجة هذا القول أن لفظ الطلاق يفيد الاستغراق؛ لأن الألف واللام إذا لم

(٩٥٦٧) سورة البقرة من الآية ٢٢٩.

(٩٥٦٨) «إغاثة اللهفان» لابن القيم، ج١، ص ٣٠١-٣٠٢.

يكونا للمعهود أفادا الاستغراق، فصار تقدير الآية: كل الطلاق مرتان، ومرة ثالثة»[٩٥٦٩]. وفي «تفسير الزمخشري»: قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ الطلاق بمعنى التطليق، أي التطليق الشرعي تطليقة بعد تطليقة على التفريق دون الجمع والإرسال دفعة واحدة. ولم يرد بالمرتين التثنية ولكن التكرير[٩٥٧٠].

٧٧٤٥ - ب: الآية الثانية:

قال تعالى: ﴿يا أَيُّها النَّبِيُّ إذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وأَحصوا العِدَّة، واتَّقُوا الله رَبَّكُمْ، لا تُخرجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ولا يخْرُجْنَ إلاَّ أَنْ يأْتِينَ بِفاحِشَةٍ مُبيِّنَةٍ. وتِلْكَ حُدُودُ اللهِ. ومَنْ يتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فقَدْ ظلَمَ نفْسَهُ. لا تدْرِي لعَلَّ الله يُحْدِثُ بعْدَ ذلِكَ أَمْراً﴾[٩٥٧١].

قال الإمام الجصّاص، قوله تعالى: ﴿ومَنْ يتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ يدل على أنه إذا طلّق لغير السنّة، وقع طلاقه وكان ظالماً لنفسه بتعديه حدود الله؛ لأنه ذكر عقيب طلاق العدة، فأبان أنَّ من طلّق لغير العدة فطلاقه واقع؛ لأنه لو لم يقع طلاقه لم يكن ظالماً لنفسه. ويدل على أنه أراد وقوع طلاقه مع ظلمه لنفسه قوله تعالى عقيبه: ﴿لا تَدْرِي لعَلَّ الله يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ يعني أن يحدث له ندم، فلا ينفعه لأنه قد طلق ثلاثاً»[٩٥٧٢].

٧٧٤٦ - تفسير الآية الثالثة:

وقال الإمام ابن العربي في معنى قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ قال جمع من المفسرين: أراد بالأمر هنا الرغبة في الرجعة. ومعنى القول: التحريض على طلاق الواحدة والنهي عن الثلاث فإنه إذا طلّق ثلاثاً أضرَّ بنفسه عند الندم على الفراق والرغبة في الارتجاع، ولا يجد عند إرادة الرجعة سبيلاً[٩٥٧٣].

٧٧٤٧ - وفي «تفسير ابن كثير» في قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ «أي إنما أبقينا المطلّقة في منزل الزوج في مدة العدة؛ لعلّ الزوج يندم على طلاقها ويخلق الله تعالى في قلبه رجعتها، فيكون ذلك أسهل وأيسر»[٩٥٧٤]. وواضح من هذا التفسير أن الطلاق الواقع طلاق رجعي؛ لأنه هو الذي تقع فيه الرجعة وهي الأمر الذي يخلقه الله في قلبه. والآية

(٩٥٦٩) «تفسير الرازي» ج٦، ص ١٠٢-١٠٣.

(٩٥٧٠) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٢٧٣.

(٩٥٧١) سورة الطلاق، الآية ١.

(٩٥٧٢) «أحكام القرآن» للجصّاص، ج٣، ص٤٥٤.

(٩٥٧٣) «تفسير القرآن أحكام القرآن» لابن العربي المالكي، ج٤ ص١٨٢٠.

(٩٥٧٤) «تفسير ابن كثير» ج٤، ص٣٧٨.

كما قال ابن العربي فيها تحريض على طلاق الواحدة ـ أي على الطلاق الرجعي بطلقة واحدة ، والنهي عن إيقاع الطلاق المخالف لذلك كالطلاق ثلاثاً. فتفسير ابن العربي وابن كثير لمعنى قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ هو أولى وأرجح من تفسير الجصاص لهذه الآية.

٧٧٤٨ ـ ثانياً: ما يستفاد من السنة النبوية بشأن الطلاق الثلاث:

وردت جملة أحاديث تتعلق بمسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد، سواء كان هذا التعلق واضحاً صريحاً أو غير واضح، وقد ذكرنا بعضها أثناء عرضنا أقوال الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة. وقد تبيّن لنا أن حديث ابن عباس في أن الطلاق الثلاث إذا أوقعه الزوج كان يعتبر واحدة في عهد النبي ﷺ . . إلخ هذا الحديث صحيح لا مطعن في سنده، فقد رواه الإمام مسلم في صحيحه، حتى إن الإمام أحمد لم يرد هذا الحديث إلا بإفتاء ابن عباس خلافه، فقد قال الأثرم سألت أبا عبدالله ـ أي الإمام أحمد ـ عن حديث ابن عباس: «كان الطلاق على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ وأبي بكر وصدر من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة. . » بأي شيء تدفعه؟ قال: برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه» أي بإفتائه بخلاف روايته. وعقب ابن القيم على ذلك بقوله: وهذا المسلك إنما يجيىء على إحدى الروايتين أن الصحابي إذا عمل بخلاف الحديث لم يُحتَّج به، واتبع عمل الصحابي. والمشهور عن أحمد أن العبرة بما رواه الصحابي لا بقوله إذا خالف الحديث»[٩٥٧٥]. فالحديث صحيح سنداً ومتناً، ودلالته واضحة وصريحة وهي أن الذي يقع بالطلاق الثلاث طلقة واحدة. وكل ما قيل في تأويله وصرفه عن هذه الدلالة الواضحة والصريحة غير مجدٍ ولا مقنع، فتبقى دلالته الظاهرة هي الراجحة، وهي أن الطلاق الثلاث مجتمعة كان يعتبر طلقة واحدة في عهد رسول الله ـ ﷺ ـ وعهد أبي بكر وصدر من خلافة عمر. أما الأحاديث الأخرى التي احتج بها القائلون بوقوع الطلاق الثلاث ثلاثاً، فهي أحاديث ضعيفة لا تصلح للاستدلال بها[٩٥٧٦]. أو صحيحة، ولكن لا يصح الاستدلال بها على موضوع النزاع.

٧٧٤٩ ـ ثالثاً: ما يستفاد من دعوى الإجماع بشأن الطلاق الثلاث:

ومما قيل في الاحتجاج لقول الجمهور بأن الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً، ادعاء الإجماع على هذا القول. والواقع أن لا إجماع على ما يدّعون، بل إن الإجماع على خلافه، ففي عهد النبي ـ

(٩٥٧٥) «إغاثة اللهفان» ج١، ص٢٩٣.

(٩٥٧٦) «مجموع فتاوى ابن تيمية» ج٣٣، ص٨٤.

ﷺ - كانت الثلاث تعتبر طلقة واحدة، وكذلك في زمن أبي بكر وصدر من خلافة عمر ولم ينقل خلاف في ذلك وإنما الخلاف في هذه المسألة بعد ذلك. وإذا تركنا موضوع الإجماع في هذه المسألة فإن العلماء يذكرون الخلاف فيها مما يدل على عدم وجود الإجماع على وقوع الطلاق الثلاث ثلاثاً. ونذكر فيما يلي أقوال ابن القيم وابن تيمية:

(أ) : قال ابن القيم: «فقد صحَّ - بلا شك - أنهم كانوا في زمن رسول الله - ﷺ - وأبي بكر مدة خلافته كلها، وصدراً من خلافة عمر - رضي الله عنهما - يوقعون على من طلق ثلاثاً: واحدة فيكفي كون ذلك - أي اعتبار الطلاق الثلاث واحدة - على عهد الصديق ومعه جماعة الصحابة لم يختلف عليه منهم أحد، ولا حكي في زمانه القولان - وقوع الثلاث أو وقوعها واحدة - حتى قال بعض أهل العلم: إن ذلك إجماع قديم، وإنما حدث الخلاف في زمن عمر - رضي الله عنه - واستمر الخلاف إلى يومنا هذا وممن حكى الخلاف الطحاوي وأبو بكر الرازي في كتابه «أحكام القرآن» وحكاه ابن المنذر وحكاه ابن جرير الطبري..»[٩٥٧٧].

(ب) : وقال شيخ الإسلام ابن تيمية عن الطلاق الثلاث بلفظ واحد وأنها تقع واحدة: «وهذا القول منقول عن طائفة من السلف والخلف من أصحاب رسول الله - ﷺ - مثل الزبير بن العوام وعبدالرحمن بن عوف. ويروي القولان عن علي وابن مسعود وابن عباس. وهو قول كثير من التابعين ومن بعدهم مثل طاووس وخلاس بن عمرو ومحمد بن إسحاق، وهو قول داود الظاهري وأكثر أصحابه..»[٩٥٧٨]. ويخلص لنا من ذلك أن دعوى الإجماع على وقوع الثلاث بلفظ واحد، دعوى يعوزها الدليل، بل يمكن القول كما قال بعض أهل (العلم) إن الإجماع القديم في زمن أبي بكر وصدر من خلافة عمر على أن الثلاث تقع واحدة، وأن الخلاف حصل بعد ذلك، ولم يحصل إجماع على أحد القولين.

٧٧٥٠ - رابعاً: ما يستفاد من القياس بشأن الطلاق الثلاث:

والقياس يشهد للقائلين بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع واحدة كما في الملاعن إذا قال: أشهد بالله أربع شهادات، فإنه يعتبر قد أدى شهادة واحدة. والمقر بالزنى إذا قال: أقر بالزنى أربع مرات، يعتبر مقرّاً مرة واحدة. والحالف بالله إذا قال: أقسم بالله ثلاثاً اعتبر حالفاً بالله مرة واحدة. وكذلك ينبغي أن يكون الحكم إذا قال المطلق لزوجته: أنتِ طالق ثلاثاً، يعتبر موقعاً طلقة واحدة، قال ابن القيم: «قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا

(٩٥٧٧) «إغاثة اللهفان» لابن القيم، ج١، ص ٢٨٩-٢٩٠.

(٩٥٧٨) «مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ج٣٣، ص٥٨.

أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ ، قال ابن القيم: فلو قال: أشهد بالله أربع شهادات أني صادق، كانت شهادة واحدة ولم تكن أربعاً، فكيف يكون قوله: أنتِ طالق ثلاثـاً أنه موقع ثلاث تطليقات؟»[٩٥٧٩]. فالقياس مع القائلين: إن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع واحدة.

٧٧٥١ ـ الأدلة مع القائلين بأن الطلاق الثلاث يقع واحدة:

ومما ذكرناه يتبيّن أن الأدلة المرجحة هي مع القائلين بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع واحدة ولكن بقي أن نبيّن وجه فعل عمر ـ رضي الله عنه ـ في جعله الطلاق الثلاث ثلاثاً، وهل أن ما فعله يضعف الأدلة المرجحة للقول الآخر وهو أن الثلاث تعتبر واحدة؟

٧٧٥٢ ـ توجيه ما فعله عمر ـ رضي الله عنه ـ:

وإذا كان ما ذكرناه يدل على أن الطلاق الثلاث يعتبر طلقة واحدة، فكيف نوجه فعل عمر ـ رضي الله عنه ـ في إيقاع الطلاق الثلاث ثلاثاً وسكوت الصحابة على فعله؟ والجواب: أنه ـ رضي الله عنـه ـ فعل ذلك اجتهاداً منه، وعلى وجه التعزير لمن يوقع الطلاق خلاف الطلاق المشـروع، بأن يوقعه بصيغة الثلاث أي باقتران لفظ (الثلاث) للفظ (أنتِ طالق). قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وإلزام عمر ـ رضي الله عنه ـ بالثلاث لما أكثروا منه: أما أن يكون رآه عقوبة تستعمـل وقت الحـاجـة، وإمـا أن يكـون رآه شرعاً لازماً لاعتقاده أن الرخصة كانت لما كان المسلمون لا يوقعونه إلا قليلاً»[٩٥٨٠]. وقال ابن تيمية أيضاً: «فقول عمر بن الخطاب: (إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أنفذناه عليهم فأنفذه عليهم) هو بيان أن الناس أحدثوا ما استحقوا عنده أن ينفذ عليهم الثلاث.. وإما أن يكون عمر ـ رضي الله عنه ـ جعل هذا عقوبة تفعل عند الحاجة، وهذا أشبه الأمرين بعمر»[٩٥٨١].

وقال ابن القيم في تبرير ما فعله عمر ـ رضي الله عنه ـ من إمضاء الطلاق الثلاث على موقعه: «وكان له ـ لعمر ـ رضي الله عنه ـ في التعزير اجتهاد وافقه عليه الصحابة لكمال نصحه ووفور علمه وحسن اختياره للأمة، وحدوث أسباب اقتضت تعزيره لهم بما يرد عنهم لم يكن مثلها على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ، أو كانت ولكن زاد الناس عليها وتتابعوا فيها...، ومن ذلك أنه رضي الله عنه لما رأى الناس قد أكثروا من الطلاق الثلاث ورأى أنهم لا ينتهون عنه إلا بعقوبة،

(٩٥٧٩) «إغاثة اللهفان» لابن القيم، ج١، ص٢٨٩.

(٩٥٨٠) «مجموع فتاوى ابن تيمية» ج٣٣، ص٨٨.

(٩٥٨١) «مجموع فتاوى ابن تيمية» ج٣٣، ص٩٦، ٩٧.

فرأى إلزامهم بها عقوبة لهم ليكفوا عنها، وذلك إما من التعزير العارض الذي يفعل عند الحاجة، فهذا له وجه. وإما ظناً أن جعل الثلاث واحدة كان مشروعاً بشرط وقد زال، فهذا وجه آخر. وإما لقيام مانع قام في زمنه منع من جعل الثلاث واحدة، فهذا وجه ثالث. فإن الحكم ينتفي لانتفاء شروطه أو لوجود موانعه. والإلزام بالفرقة فسخاً أو طلاقاً لمن لم يقم بالواجب مما يسوغ فيه الاجتهاد، لكن تارة يكون حقاً للمرأة كما في العنّة والعجز عن النفقة والغيبة الطويلة. وتارة يكون حقاً للزوج كالعيوب في الزوجة المانعة له من استيفاء المعقود عليه أو كماله. وتارة يكون حقاً لله تعالى كما في وقوع الطلاق بالمولي إذا لم يفيىء إلى زوجه في مدة التربص. فالإلزام إما من الشارع، وإما من الإمام بالفرقة إذا لم يقم الزوج بالواجب: هو من موارد الاجتهاد. . »[9582].

والراجح، أن تعليل ما فعله عمر ـ رضي الله عنه ـ هو ما ذكره نفسه رضي الله عنه وفيه بيان سبب ما فعله، فقد قال رضي الله عنه: «إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أنفذناه عليهم فأنفذه عليهم» قال شيخ الإسلام ابن تيمية في هذا القول: «هو بيان أن الناس أحدثوا ما استحقوا عنده أن ينفذ عليهم الثلاث»[9583]. والذي استعجلوا فيه، وأحدثوه، هو الطلاق الثلاث بلفظ واحد، فأمضاه عليهم حتى يكفوا عنه.

٧٧٥٣ ـ عود إلى بيان رأينا في الطلاق الثلاث:

بعد أن ذكرنا ما يدل عليه القرآن الكريم والسُنّة النبوية الشريفة في مسألة الطلاق الثلاث، وما يُدَّعى من إجماع في هذه المسألة، وما يدل عليه القياس، وبعد أن ذكرنا وجه ما فعله عمر ـ رضي الله عنه ـ من إمضاء الثلاث على المطلّق ثلاثاً بلفظ واحد، نرى في مسألة الطلاق الثلاث ما يأتي:

٧٧٥٤ـ أولاً: إن هذه المسألة من مسائل الاجتهاد الخلافية، فلا يجوز الطعن فيمن قال أو يقول: إن الثلاث بلفظ واحد تقع طلقة واحدة. كما لا يجوز وصف هذا القول بالشذوذ، ولا وصف صاحبه بالمنابذ والمخالف للإجماع.

٧٧٥٥ ـ ثانياً: يسوغ الأخذ بقول الجمهور القائلين بوقوع الطلاق الثلاث ثلاثاً إذا أوقعها المطلّق بلفظ واحد، أو بألفاظ متفرقة في مجلس واحد: كأن يقول: أنتِ طالق، أنتِ طالق، أنتِ طالق. وهذا إذا كانت مدخولاً بها. أما إذا كانت غير مدخول بها فتقع عليها الطلقة الأولى إذا أوقع المطلّق الطلاق مفرقاً متتابعاً بقوله: أنتِ طالق. أنتِ طالق. أنتِ طالق. أما إذا أوقع

(٩٥٨٢) «إغاثة اللهفان» ج١، ص ٣٣٣ـ٣٣٥.

(٩٥٨٣) «مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ج٣٣، ص٩٦.

عليها ـ أي على غير المدخول بها ـ الثلاث مجتمعة بلفظ واحد كأن يقول لها: أنتِ طالق ثلاثاً، فالثلاث تقع عليها عند أكثر فقهاء الجمهور، وهو قول جماعة من أصحاب ابن عباس، وهو مذهب إسحاق بن راهَوَيْهِ كما ذكرنا ذلك من قبل[٩٥٨٤].

٧٧٥٦ـ ثالثاً: ويسوغ أيضاً الأخذ بقول من قال: الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متكررة في مجلس واحد يقع طلقة واحدة. وسواء في هذا الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها. وهذا قول طائفة من الصحابة والتابعين وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم. وهذا القول تؤيده دلالات آيات القرآن الكريم المتعلقة بالطلاق، وما ورد في السنة النبوية بشأن الطلاق لا سيما حديث ابن عباس، ويعضده القياس ويتفق مع حكمة تشريع الطلاق والكيفية التي جاءت في الشريعة في إيقاع الطلاق. كما يتفق وحرص الشريعة على إبقاء الرابطة الزوجية ما أمكن ذلك، وكراهيتها وقوع الطلاق. ثم إن هذا القول يأخذ بإرادة المطلق إيقاع الطلاق في قوله: «أنتِ طالق ثلاثاً» فيوقعها واحدة، ويلغي كلمة «ثلاثاً» فلا يرتب عليها حكماً. وفي الوقت نفسه يبقي الخيار بيد الزوج، فإن شاءها أرجعها في العدة، وإن شاء تركها حتى تنقضي عدتها فتقع الفرقة بينهما، فلا تحلّ له إلّا بعقد نكاح جديد ومهر جديد.

٧٧٥٧ ـ لا أرى وجهاً مقبولاً للأخذ بقول من قال: لا يقع أي طلاق بصيغة الطلاق المقترن بلفظ الثلاث، أو جاء بصيغة تكرار لفظ الطلاق، إذ لا دليل على الأخذ بهذا القول، ويردّه قول من قال: يقع الطلاق ثلاثاً، وقول من قال: يقع الطلاق واحدة؛ ولأنه لم ينقل هذا القول عن أحد من السلف.

٧٧٥٨ ـ القول الذي أميل إلى الأخذ به:

والذي أميل إلى الأخذ به من هذه الأقوال التي ذكرناها، هو القول بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد، أو بتكرير لفظ (أنتِ طالق) ثلاث مرات في مجلس واحد، أن الطلاق بهاتين الصيغتين يقع واحدة رجعية، وهذا القول أرفق بعامة المسلمين وأقرب إلى تحقيق المصلحة المشروعة للأسرة المسلمة، بالإضافة إلى ما لهذا القول من مستند شرعي قوي بيّنا وجوهه فيما سبق ـ والله أعلم.

٧٧٥٩ ـ حكم الطلاق البائن بينونة كبرى:

أولاً: تترتب آثار الطلاق البائن بينونة صغرى التي ذكرناها فيما سبق، على هذا الطلاق أيضاً[٩٥٨٥].

(٩٥٨٤) الفقرة ٧٦٨٥.

(٩٥٨٥) الفقرات من ٧٦٦٩-٧٦٧٢.

ثانياً: لا تحلّ لمطلّقها إلا بعد أن تَنْكِحَ زوجاً غيره، ثم يفارقها هذا الزوج بموت أو بطلاق ونحوه وتنقضي عدتها، ثم يعقد عليها مطلّقها الأول عقد نكاح جديد برضاها، والدليل على هذا قوله تعالى: ﴿**فإنْ طلَّقهَا فلا تحِلُّ لهُ مِنْ بعْدُ حتَّى تنْكِحَ زوْجاً غيْرهُ، فإنْ طلَّقهَا فلاَ جُناحَ عليهما أنْ يترَاجعا إنْ ظنَّا أنْ يُقِيما حُدُودَ اللهِ. وتِلْكَ حدُودُ اللهِ يُبيِّنُها لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ**﴾[9586]. وقد جاء في معنى قوله تعالى: ﴿**فإنْ طَلَّقها**﴾ أي الطلقة الثالثة. ﴿**فلاَ تحِلُّ لَهُ مِنْ بعْدُ حتَّى تنْكِحَ زوْجاً غيْرَهُ**﴾ أي فلا تحل لمطلقها الأول الذي طلقها الطلقة الثالثة حتى تَنْكِحَ زوجاً غيره ثم يفارقها بموت أو طلاق وتنقضي عدتها، ثم إذا شاء زوجها الأول أن يعقد عليها عقد نكاح جديد برضاها، فهذا جائز وحلال، وهو محلّ اتفاق بين الفقهاء ولا خلاف فيه»[9587]. فما هو النكاح الثاني الذي يحصل به التحليل للزوج الأول الذي طلّق ثلاثاً؟

٧٧٦٠ ـ شروط النكاح الذي يحصل به التحليل لزوجها الأول:

يشترط في النكاح الثاني للمطلّقة الذي يحصل به التحليل لزوجها الأول جملة شروط هي: أن يكون نكاحاً صحيحاً، مقصوداً به أغراض النكاح التي من أجلها شرع النكاح، وأن يطأها الزوج الثاني ـ أي أن يحصل دخول بالزوجة في النكاح الثاني ـ. ونبيّن فيما يلي المقصود بهذه الشروط فيما يلي:

٧٧٦١ ـ أولاً: أن يكون النكاح الثاني صحيحاً:

يشترط في النكاح الثاني أن يكون صحيحاً ـ أي مستوفياً شروط الصحة لعقد النكاح ـ، فإن كان فاسداً لم يحصل به التحليل للزوج الأول الذي طلّقها ثلاثاً. وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال الحسن والشعبي وحماد، ومالك والثوري والأوزاعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في مذهبه الجديد. والحجة لهذا الشرط قوله تعالى: ﴿**حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ**﴾، وإطلاق النكاح يقتضي أن يكون نكاحاً صحيحاً[9588].

٧٧٦٢ ـ ثانياً ويشترط في هذا النكاح الثاني أن يكون صحيحاً ظاهراً وباطناً: ظاهراً في استيفائه شروط انعقاده وشروط صحته، وباطناً أن يكون المقصود منه تحقيق أغراض النكاح التي شرع النكاح من أجلها، وهي تكوين الأسرة، وإعفاف كل منهما نفسه من الفاحشة بهذا الزواج

(٩٥٨٦) سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

(٩٥٨٧) «أحكام القرآن تفسير القرآن» للقرطبي، ج٣، ص١٤٧.

(٩٥٨٨) «المغني» ج٧، ص٢٧٥.

وإنجاب الذرية. أما إذا كان المقصود من هذا النكاح إحلال المرأة المطلّقة لزوجها الأول: بأن يطلقها الزوج الثاني بعد تمام عقد النكاح حتى تعود لزوجها الأول بعقد نكاح جديد، فهذا النكاح لا يتحقق فيه معنى قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾؛ لأن الغرض منه تحليل المطلقة لزوجها الأول ولهذا يسميه الفقهاء «نكاح المحلِّل». وقد تكلمت عنه بشيء من التفصيل وبيّنت فيه أقوال الفقهاء، فلا حاجة لإعادة ما قلناه هناك[٩٥٨٩].

٧٧٦٣ ـ ثالثاً: أن يحصل في النكاح الثاني دخول بالزوجة بأن يطأها الزوج، فلا يكفي مجرد عقد النكاح الصحيح بدون دخول، وبهذا جاءت السُّنّة النبوية الشريفة الصحيحة، فقد جاء في حديث رسول الله ـ ﷺ ـ الذي أخرجه الإمام البخاري عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ: «أن رفاعة القرظي تزوج امرأة، ثم طلّقها، فتزوجت آخر، فأتت النبي ـ ﷺ ـ فذكرت له أنه لا يأتيها وأنه ليس معه إلا مثل هُدبةٍ. فقال: لا. حتى تذوقي عُسيلتَه ويذوق عُسلَيتك»[٩٥٩٠]. وجاء في شرحه وقولها (ليس معه إلا مثل هُدبة) أي طرف الثوب الذي لم ينسج مأخوذ من هدب العين وهو شعر الجفن. وأرادت بهذا التشبيه أن ذكره يشبه الهُدبَة في الاسترخاء وعدم الانتشار. وقوله: «حتى تذوقي عُسيلته ويذوق عُسيلَتك» قال الأزهري: الصواب أن معنى العُسيلة حلاوة الجماع الذي يحصل بتغييب الحشفة في الفرج، وأُنِثَ تشبيهاً بقطعة من عسل. وقال جمهور العلماء: ذوق العُسيلة كناية عن المجامعة وهو تغييب حشفة الرجل في فرج المرأة. وزاد الحسن البصري: حصول الإنزال، وهذا الشرط انفرد به عن الجماعة قاله ابن المنذر وآخرون، وعند سائر الفقهاء يكفي من ذلك ما يوجب الحدّ ويحصن الشخص، ويوجب كمال المهر ويفسد الحج والصوم. وقال ابن المنذر أجمع العلماء على اشتراط الجماع لتحلّ للأول إلا سعيد بن المسيب اكتفى بعقد النكاح الصحيح لتحلّ لزوجها الأول وإن لم يدخل بها الثاني إذا لم يقصد الثاني بنكاحه إياها إحلالها للأول. قال ابن المنذر: وهذا القول ـ قول سعيد بن المسيب ـ لا نعلم أحداً وافقه عليه إلا طائفة من الخوارج، ولعلّه لم يبلغه الحديث: حديث رسول الله ـ ﷺ ـ فأخذ بظاهر القرآن»[٩٥٩١]. وجاء في «تفسير القرطبي»: «واختلفوا فيما يكفي من النكاح وما الذي يبيح التحليل. فقال سعيد بن المسيب ومن وافقه مجرد عقد النكاح كافٍ. وقال الحسن لا يكفي مجرد الوطء حتى يكون إنزال. وذهب الجمهور من العلماء والكافة من الفقهاء إلى أن الوطء كاف في ذلك، وهو التقاء الختانين الذي يوجب الحدّ والغسل ويفسد الصوم والحج، ويحصن

(٩٥٨٩) الفقرات من ٦١٠٥ـ٦١١٩.

(٩٥٩٠) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٥٦٤.

(٩٥٩١) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص ٤٦٥ـ٤٦٧.

الـزوجين ويوجب كمـال الصداق»[٩٥٩٢]. وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وجمهور أهل العلم على أنهـا لا تحلّ للأول حتى يطأها الزوج الثاني وطأً يوجد فيه التقاء الختانين إلا أن سعيد بن المسيب قال: إذا تزوّجها صحيحاً لا يريد به إحلالاً، فلا بأس أن يتزوّجها الأول. قال ابن المنذر لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج بظاهر قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجَاً غَيْرَهُ﴾ ومع تصريح النبي - ﷺ - ببيان المراد من كتاب الله تعالى، وأنها لا تحلّ للأول حتى يذوق الثاني عُسيلتها وتذوق عُسيلته لا يعرج على شيء سواه، ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم: منهم علي بن أبي طالب، وابن عمرو وابن عباس وجابر وعائشة - رضي الله عنهم -، وممن بعدهم مسروق والزهري ومالك، وأهل المدينة والثوري وأصحاب الرأي، والأوزاعي وأهل الشام والشافعي وغيرهم[٩٥٩٣].

٧٧٦٤ - ما اشترطه البعض في وطء الزوج الثاني:

وقد اشترط جمهور الحنابلة أن يكون الوطء حلالاً، فإن وطأها في حيض أو نفاس أو إحرام في حج من أحدهما أو منهما، أو كان أحدهما صائماً فرضاً لم يكن ذلك كافياً لإحلال المرأة إلى زوجها الأول وهذا قول مالك. وحجة هذا القول أنه وطء حرام لحقّ الله تعالى فلم يحصل به الإحلال. وقال ابن قدامة بعد أن أورد ما ذكرناه، قال: وظاهر النص حلّها وهو قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجَاً غَيْرَهُ﴾ وهذه قد نكحت زوجاً غيره. وأيضاً قوله عليه الصلاة والسلام: «حتى تذوقي عُسيلته، ويذوق عُسيلتك» وهذا قد وجد؛ ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام، فأحلّها كالوطء الحلال. قال ابن قدامة: وهذا أصح إن شاء الله تعالى، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك[٩٥٩٤].

٧٧٦٥ - الزواج الثاني يهدم الطلقات الثلاث:

وإذا تزوّجت المطلقة ثلاثاً بعد انقضاء عدتها ثم فارقها زوجها الثاني بسبب من أسباب الفرقة بعد أن دخل بها، ثم انقضت عدتها، ثم تزوجت زوجها الأول فإنها تعود إليه بثلاث تطليقات يملكها عليها، وعلى هذا إجماع العلماء، قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على أن الحرّ إذا طلّق زوجتـه ثلاثـاً، ثم انقضت عدتها ونكحت زوجاً آخر ودخل بها، ثم فارقها وانقضت عدتها، ثم نكحت زوجها الأول أنها تكون عنده على ثلاث تطليقات»[٩٥٩٥].

(٩٥٩٢) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج٣، ص ١٤٧-١٤٨.

(٩٥٩٣) «المغني» ج٧، ص ٢٧٤-٢٧٥.

(٩٥٩٤) «المغني» ج٧، ص٢٧٦.

(٩٥٩٥) «المغني» ج٧، ص٢٦١، «أحكام القرآن» للقرطبي، ج٣، ص١٥٢.

المبحث السادس

أنواع الطلاق من جهة كيفية إيقاعه

٧٧٦٦ - تمهيد:

بيّنا فيما سبق أن الأصل في الطلاق الحظر، وأن جوازه للحاجة وهذا هو الاستثناء من هذا الأصل. وقد شرع الإسلام نظام الطلاق على نحو يظهر فيه معنى الأصل والاستثناء حيث إن الإسلام بيَّن الكيفية المشروعة لإيقاع الطلاق الذي هو الاستثناء من حظر الطلاق بناء على الحاجة إليه. وعلى هذا إذا أوقع الزوج الطلاق على زوجته بالكيفية المشروعة لإيقاعه، كان هذا الطلاق هو الطلاق المشروع من جهة إيقاعه، ويسميه الفقهاء: «الطلاق السني، أو الطلاق المسنون، أو طلاق السنة»، وإذا أوقع الزوج الطلاق بكيفية غير مشروعة كان الطلاق غير مشروع من جهة إيقاعه، ويسميه الفقهاء: «الطلاق البدعي، أو الطلاق المكروه، أو طلاق البدعة».

٧٧٦٧ - منهج البحث:

وبناء على ما تقدم، فإن الطلاق من جهة كيفية إيقاعه نوعان: طلاق السنة، وطلاق البدعة. وعلى هذا، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: طلاق السُنّة أو الطلاق السُنّي.

المطلب الثاني: طلاق البدعة، أو الطلاق البدعي.

المطلب الأول

طلاق السُنّة - الطلاق السني -

٧٧٦٨ - تعريفه:

أ: جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «معنى طلاق السُّنّة الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى، وأمر رسوله - ﷺ -»[٩٥٩٦].

(٩٥٩٦) «المغني» ج٧، ص٩٨.

ب : وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «طلاق السُّنَّة ما أذن الشارع فيه»[٩٥٩٧].

جـ : وفي «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «طلاق السُّنَّة أي الطلاق الذي أذنت السُّنَّة في فعله، وليس المراد أنه سُنَّة»[٩٥٩٨].

٧٧٦٩ ـ سبب تسميته بطلاق السُّنَّة:

المقصود بطلاق السُّنَّة أو الطلاق السُّنّي، كما جاء في تعاريفه، هو الطلاق المشروع من جهة كيفية إيقاعه، أي الذي شرع الله تعالى كيفية إيقاعه، وهذه الكيفية الشرعية للطلاق منصوص عليها في القرآن الكريم، وإنما أضيف الطلاق المشروع إلى السُّنَّة فقيل: طلاق السُّنَّة أو الطلاق السُّنّي؛ لأن السُّنَّة النبوية هي التي تبين معاني القرآن وتفصل مجمله وتؤكده أحكامه وتقيّد مطلقه، وتخصص عامه، وتأتي بأحكام لم تأت صراحة في القرآن الكريم. وعلى هذا، فما أقرته السُّنّة من أحكام أو كيفيات لتطبيق الأحكام وما بيّنته من ذلك يكون هو المشروع وهو المراد مما جاء بشأنه القرآن.

٧٧٧٠ ـ الطلاق السُنّي من حيث الوقت والعدد:

قال الإمام علاء الدين الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ: «فالطلاق بحقّ الصفة نوعان: طلاق سُنّة وطلاقة بدعة. وطلاق السُّنّة نوعان: نوع يرجع إلى الوقت، ونوع يرجع إلى العدد»[٩٥٩٩].

وقال الكمال بن الهمام: «واعلم أن الطلاق سُنّي وبدعي. والسُنّي من حيث العدد ومن حيث الوقت، والبدعي كذلك»[٩٦٠٠].

٧٧٧١ ـ النصوص في الطلاق السُنّي من حيث الوقت:

أولاً: من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: **﴿يا أيُّها النَّبيُّ إذا طلَّقْتُمُ النِّساءَ فطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وأَحْصُوا العِدَّةَ، واتَّقُوا الله ربَّكُم. لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ، ولا يخرُجْنَ إلَّا أن يأتينَ بفاحِشَةٍ مُبيِّنَةٍ. وتِلكَ حُدُودُ اللهِ ومَنْ يتعدَّ حُدُودَ اللهِ فقَدْ ظلَمَ نفْسَهُ. لَا تدْرِي لعَلَّ الله يُحْدِثُ بعْدَ ذلِكَ أمْرًا﴾**[٩٦٠١].

(٩٥٩٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٤٣.

(٩٥٩٨) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٦١.

(٩٥٩٩) «البدائع» ج٣، ص٨٨.

(٩٦٠٠) «فتح القدير» للكمال بن الهمام، ج٣، ص ٢٢-٢٣.

(٩٦٠١) سورة الطلاق، الآية ١.

وقد جاء في تفسير الآية الكريمة بخصوص قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ إذا طلّقتم النساء، أي إذا أردتم تطليقهن فطلّقوهن مستقبلات لعدتهن، أو طلّقوهن لاستقبال عدتهن. والمراد من ذلك أن يُطلَّقن في طهر لم يجامعن فيه، فلا يُطلَّقن وهن حيَّض ـ أي في حالة الحيض ـ[٩٦٠٢]. وقد دلّ على هذا المعنى لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ ما ورد في السُّنَّة النبوية وهو ما نذكره في الفقرة التالية:

٧٧٧٢ ـ ثانياً: من السُّنّة النبوية:

أخرج الإمامان الجليلان: البخاري، ومسلم عن عبدالله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أنه طلّق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ، فسأل عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ عن ذلك رسول الله ـ ﷺ ـ، فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: «مُرْهُ فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلّق قبل أن يمسَّ، فتلك العدّة التي أمر الله أن تُطلَّق لها النساء»[٩٦٠٣].

وأخرج الإمام مسلم حديث ابن عمر برواية أخرى جاء فيها قول النبي ـ ﷺ ـ لعمر بن الخطاب: «مُرْهُ فليراجعها، ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً»[٩٦٠٤]. وفي رواية أخرى للإمام مسلم في قضية تطليق ابن عمر زوجته جاء فيها: مُرْه أن يراجعها حتى يطلقها طاهراً من غير جماع. وقال: يطلقها قُبُلَ عدّتها[٩٦٠٥].

٧٧٧٣ ـ شرط الطلاق السُّنّي من جهة الوقت:

ويستفاد من الآية الكريمة التي ذكرناها والأحاديث النبوية الشريفة التي بيّنت المراد من قوله تعالى: ﴿فطلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أن شروط الطلاق السُّنّي من جهة الوقت بالنسبة للمرأة التي تحيض هي:

(أ): أن تكون المرأة من ذوات القروء ـ أي ممن تحيض ـ.

(٩٦٠٢) «تفسير الزمخشري» ج٤، ص٥٥٤، «تفسير ابن كثير» ج٤، ص٣٧٨، «تفسير الرازي» ج٣٠، ص٣٠، «تفسير الألوسي» ج٢٨، ص١٢٩.

(٩٦٠٣) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص ٣٤٥-٣٤٦، «صحيح مسلم بشرح النووي» ج٣، ص٥٩-٦١.

(٩٦٠٤) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٦٥.

(٩٦٠٥) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٦٧.

(ب) : أن يكون طلاقها في طهر لم يمسسها فيه، فلا يجوز طلاق الحائض.
(جـ) : أن لا يكون قد تقدم طلاقها في طهر لم يمسسها فيه طلاق في الحيض.
(د) : أن لا يكون طلاقها باتفاق بينها وبين زوجها.

٧٧٧٤ ـ الشرط الأول: أن تكون من ذوات القروء:

يشترط في المرأة التي يراد تطليقها الطلاق السُنّي أن تكون من ذوات القروء ـ أي من ذوات الحيض، فهي التي تكون عدّتها بالقروء ـ أي بالحيضات أو بالأطهار ـ. وقد دلّ على هذا الشرط في المرأة حتى يمكن أن يكون طلاقها الطلاق السُنّي حديث ابن عمر في طلاق زوجته وهي حائض حيث أمره رسول الله ـ ﷺ ـ أن يراجعها ويمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسكها وإن شاء طلّقها، وقال عليه الصلاة والسلام فيما أمر به: «فتلك العدّة التي أمر الله أن تُطلّق لها النساء». وهذا الذي قلناه سواء كانت عدة المرأة بالأطهار أو بالحيض بناء على أن المراد بالقرء هو الطهر أو الحيضة[٩٦٠٦]. فالشرط فيمن يراد تطليقها طلاق السُّنّة أن تكون ممن تحيض؛ لأن الحيض يتبعه طهر كما هو معلوم.

٧٧٧٥ ـ الشرط الثاني: تطليقها في طهر لم يمسّها فيه:

والشرط الثاني للطلاق السُنّي أن يطلّقها في طهر لم يجامعها فيه، فلا يجوز أن يطلّقها وهي حائض، كما لا يجوز أن يطلّقها وهي طاهر وقد جامعها في هذا الطهر. وقد بيّنا وجه الحكمة في منع الزوج من تطليق زوجته وهي حائض[٩٦٠٧]، كما بيّنا وجه الحكمة في منع الزوج من تطليق زوجته في طهر جامعها فيه[٩٦٠٨]، وخلاصة هذه الحكمة في الموضعين هي التأكد من حاجة المطلق إلى إيقاع الطلاق وصدق رغبته فيه.

٧٧٧٦ ـ الشرط الثالث: أن لا يتقدم طلاقها في طهر طلاقها في حيض:

ومن شروط الطلاق السُنّي إيقاعه في طهر لم يمسسها فيه، وأن لا يكون قد طلّقها في الحيض السابق لهذا الطهر. فإن كان قد طلّقها في الحيض، فعليه أن يراجعها ثم يطلقها إن شاء وهي طاهر على النحو الذي ورد في حديث ابن عمر عندما طلق زوجته وهي حائض وأمر النبي ـ ﷺ ـ له بمراجعتها، فقد جاء في مسألة طلاقه قوله ﷺ لعمر بن الخطاب ليخبر به ابنه

(٩٦٠٦) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج٤، ص١٨١٢.
(٩٦٠٧) الفقرة ٧٣٤٧.
(٩٦٠٨) الفقرة ٧٣٩٢.

عبدالله: «مُرْهُ فلْيراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك، وإن شاء طلّق قبل أن يمسَّ. . .».

٧٧٧٧ ـ كيف يتحقق هذا الشرط إذا طلّقها وهي حائض:

قلنا إن الشرط الثالث أن لا يسبق طلاقها وهي طاهر لم يجامعها زوجها، طلاقها وهي حائض فإذا طلّقها وهي حائض وجب عليه أن يراجعها ويمسكها حتى تطهر. وفي ضوء حديث ابن عمر لا يتحقق هذا الشرط إلا بطلاقها في الطهر الثاني بعد مراجعتها، ولا يتحقق بطلاقها في الطهر الأول الذي يلي الحيض الذي وقع فيه طلاقها ورجعتها، وهذا ما عليه الحنابلة في ظاهر المذهب، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «السُّنّة في الطلاق أن يطلّقها واحدة في طهر لم يصبها فيه. . . لا في طهر يتعقب الرجعة من طلاق في حيض، فبدعة في ظاهر المذهب اختاره الأكثرون لحديث ابن عمر السابق»[٩٦٠٩]. وهذا مذهب الحنفية في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وأنه لا خلاف فيه على ما استظهره الكمال بن الهمام في «فتح القدير» ثم قال: «وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد»[٩٦١٠].

٧٧٧٨ ـ وقال ابن حجر العسقلاني في هذه المسألة وهو يشرح حديث ابن عمر: «واختلف في جواز تطليقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي وقع فيها الطلاق والرجعة. وفيه للشافعية وجهان: أصحهما المنع. وقال ابن تيمية في «المحرر» ولا يطلّقها في الطهر المتعقب له فإنه بدعة، وعن أحمد جواز ذلك. . وعن أبي حنيفة الجواز، وعن أبي يوسف ومحمد المنع، ووجه الجواز أن التحريم إنما كان لأجل الحيض، فإذا طهرت زال موجب التحريم، فجاز طلاقها في هذا الطهر كما يجوز في الطهر الذي بعده، وكما يجوز طلاقها في الطهر إن لم يتقدمه طلاق في الحيض[٩٦١١].

٧٧٧٩ ـ الراجح في كيفية تحقق الشرط الثالث إذا طلّقها وهي حائض:

والراجح في كيفية تحقق الشرط الثالث ـ وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه إذا كان قد طلّقها وهي حائض ـ، هذا الشرط يتحقق بأن يراجعها ويمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسكها وإن شاء طلّقها في هذا الطهر الثاني بعد مراجعتها، ولا يتحقق هذا

(٩٦٠٩) «كشّاف القناع» ج٣، ص ١٤٣-١٤٤.

(٩٦١٠) «فتح القدير» للكمال بن الهمام، ج٣، ص٣٤.

(٩٦١١) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص ٣٤٩-٣٥٠.

الشرط بتطليقها الذي يلي الحيضة التي وقع فيها الطلاق والمراجعة لصراحة الحديث النبوي الشريف بذلك.

٧٧٨٠ ـ وجه الحكمة في هذا الترجيح:

قلنا إن الحديث الشريف في مسألة تطليق ابن عمر زوجته وهي حائض صرح بأن الطلاق السُّنّي بعد إرجاعها يكون في طهرها الثاني وليس في طهرها الأول الذي يلي الحيضة، وأنه لهذه الصراحة رجحنا بأن نحقق شرط الطلاق في طهر لم يجامعها فيه يكون بتطليقها في هذا الطهر الثاني لا الأول. أما الحكمة في ذلك فتظهر من وجهين[٩٦١٢].

(الوجه الأول): الزوج الذي طلّق زوجته وهي حائض وأرجعها، لو أنه طلقها بعد إرجاعها في الطهر الذي يلي حيضتها التي طلقها فيها، لكان معنى ذلك أنه راجعها ليطلقها، وهذا عكس وخلاف مقصود الرجعة، فإنها شرعت لإبقاء الزوجة لا لمفارقتها، ولهذا سماه الشرع إمساكاً، فجاء في حديث ابن عمر: «فأمره ـ أي أمر النبي ـ ﷺ ـ عبدالله بن عمر عن طريق أبيه ـ أن يمسكها في ذلك الطهر، وأن لا يطلّق فيه حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر. وهذا كما هو واضح لتكون الرجعة للإمساك لا للطلاق. ويؤيد ذلك أن الشارع أكد هذا المعنى حيث أمر أن يمسكها في الطهر الذي يلي الحيضة التي وقع فيها الطلاق، فقد جاء في رواية أخرى لهذا الحديث: «مُرْه أن يراجعها، فإذا طهرت أمسكها حتى إذا طهرت أخرى، فإن شاء طلّقها وإن شاء أمسكها». فإذا كان النبي ـ ﷺ ـ قد أمره بأن يمسكها في الطهر الذي يعقب الحيضة التي وقع فيها الطلاق، فكيف يباح له أن يطلقها في هذا الطهر؟

(الوجه الثاني): أنه إذا أمسكها إلى الطهر الثاني فإن مقامها معه سيطول، وقد يجامعها في هذه الفترة فيذهب ما في نفسه من سبب طلاقها، فيقلع عن رغبته في طلاقها ويستقر على إرادة إمساكها.

٧٧٨١ ـ الشرط الرابع: أن لا يكون طلاقها باتفاق الزوجين:

ويشترط لوقوع الطلاق السُّنّي من حيث الوقت أن لا يكون هذا الطلاق واقعاً باتفاق الزوجين؛ لأنه إذا كان باتفاقهما كما في الطلاق على مال (الخلع)، كان معناه أن الزوجة تريد الفراق من زوجها على أي حال كانت هي عملية من طهر أو حيض؛ ولهذا بذلت له المال.

(٩٦١٢) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص ٣٤٩-٣٥٠.

٧٧٨٢ ـ دلائل هذا الشرط: الدليل الأول:

ويستفاد هذا الشرط ـ أي أن لا يكون طلاقها باتفاق بينهما من جملة دلائل هي:

الـدليل الأول: في حديث ابن عمر، وفيه: أنه طلّق زوجته وهي حائض، يدل على أنه طلّقها بمحض إرادته لا باتفاق مع زوجته؛ لأنه لو كان باتفاق معها لما أمكن مراجعتها بإرادته المنفردة أي لما استبد بمراجعتها بإرادته المنفردة؛ لأن الطلاق باتفاقهما كما في الطلاق على مال يقع به الطلاق بائناً، ولا رجعة في الطلاق البائن.

٧٧٨٣ ـ الدليل الثاني:

جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ويجوز خلعها في الحيض والنفاس لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، ولحاجتها إلى الخلاص بالمفارقة حيث افتدت بالمال[٩٦١٣] ويوضح ذلك، أن هذه الآية الكريمة أفادت جواز المفارقة بما تبذله الزوجة من مال لتملك نفسها، ولا يتحقق مقصودها إلا بوقوع البينونة بينهما، فالفداء بالمال ـ أي الخلع ـ يفيد هذا المعنى فلا وجه لاشتراط شروط الطلاق السُنّي في هذه الفرقة؛ لأن المراد من الطلاق السُنّي إعـطاء فرصة وفسحة من الأمل لإصلاح ذات البين وإبقاء الرابطة الزوجية، أما في المخالعة فالمقصود خلاص المرأة من هذه الرابطة باتفاقهما.

٧٧٨٤ ـ الدليل الثالث:

قوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٩٦١٤] يشعر بأن هذا الطلاق هو الذي ينفرد الزوج في إيقاعه دون اتفاق مع زوجته، ولهذا يشترط فيه شروط الطلاق السُنّي. أما إذا كان إيقاع الطلاق ووقوع الفرقة باتفاقهما كما في الخلع، فلا يشترط فيه شروط الطلاق السُنّي.

٧٧٨٥ ـ من لا يشترط لطلاقهن شروط الطلاق السُنّي:

المستفاد من قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ ومن الأحاديث النبوية التي ذكرناها التي بينت المراد من هذه الآية أن شروط الطلاق السُنّي من حيث الوقت، أي بأن يطلّقها في طهر لم يجامعها فيه، وأن لا يسبق هذا الطلاق طلاقها في حال حيضها، وأن لا يكون وقوع الطلاق باتفاق الزوجين، هذه الشروط تلزم بالنسبة لتطليق الزوجة إذا كانت من ذوات الأقراء ـ أي التي

(٩٦١٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٠٨، والآية في سورة البقرة ورقمها ٢٢٩.

(٩٦١٤) سورة الطلاق، الآية ١.

تحيض وتكون عدتها بالإقراء ـ، سواء قلنا إن القرء هو الطهر أو الحيض. ومعنى ذلك أن من لا تكون عدتها بالأقراء لا يلزم لتطليقها الطلاق السُنّي من حيث الوقت مراعاة هذه الشروط، ومن هنا جاء هذا الاستثناء ووجد من الزوجات من لا يشترط لطلاقهن الطلاق السُنّي من حيث الوقت شروط هذا الطلاق. ونذكر فيما يلي الزوجات اللاتي لا يشترط في تطليقهن ما ذكرناه من شروط الطلاق السُنّي.

٧٧٨٦ ـ أولاً: غير المدخول بها:

جاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «والسنّةُ في الوقت ـ أي السنّة في الطلاق من حيث الوقت ـ تثبت في المدخول بها خاصة، وهو أن يطلّقها في طهر لم يجامعها فيه. وغير المدخول بها يطلّقها في حال الطهر والحيض»[٩٦١٥]. وهذا القول واضح الصحة لقوله تعالى: ﴿يا أيُّها النَّبيُّ إذا نكَحتُمُ المُؤمِناتِ ثُمَّ طلَّقْتُموهُنَّ مِنْ قبْلِ أن تمَسُّوهُنَّ فما لكُمْ علَيهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تعْتَدُّونها..﴾[٩٦١٦]. فغير المدخول بها ليس عليها عدة تُطلّق لها وتراعى في تطليقها، فلا يشملها قوله تعالى: ﴿فطلِّقُوهُنَّ لعِدَّتِهِنَّ﴾. وعلى هذا، فأي وقت يختاره الزوج لإيقاع الطلاق على زوجته غير المدخول بها، يعتبر وقتاً مباحاً لا مخالفة فيه لوقت الطلاق المشروع بالنسبة لهذه الزوجة. وأيضاً فإن من الحكمة التي من أجلها حدد الشرع وقتاً لتطليق الزوجة المدخول بها وهي أن لا تطول عدتها، هذا الوجه من الحكمة غير موجود في غير المدخول بها إذ لا عدة عليها.

٧٧٨٧ ـ ثانياً: الحامل:

لا يشترط وقت معين لتطليق الحامل حتى يكون طلاقها مشروعاً من جهة وقت إيقاعه. فأي وقت يوقع الزوج الطلاق فيه على زوجته الحامل يعتبر مشروعاً من جهة وقت إيقاعه. ويدل على ما قلناه الأدلة التالية:

٧٧٨٨ ـ الأدلة على جواز تطليق الحامل في أي وقت:

والأدلة على جواز تطليق الحامل في أي وقت من أوقات حملها، وأنه يعتبر من طلاق السُّنّة، الأحاديث الشريفة الصريحة في جواز ما قلناه، مع إشارة القرآن الكريم إلى هذا الجواز، وانتفاء الحكمة من تعيين وقت لطلاق الحامل. ونوضح هذه الدلائل فيما يلي:

(٩٦١٥) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٨.

(٩٦١٦) سورة الأحزاب الآية ٤٩.

٧٧٨٩ (أ) : الحامل عدتها وضع الحمل، قال تعالى: ﴿وأُوْلَاتُ الأَحمَالِ أَجلُهُنَّ أَنْ يَضَعنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٩٦١٧]. ووقت وضع الحمل مجهول لاختلافه باختلاف النساء واختلاف أحوالهن، فلا يمكن تحديد وقت معين تُطلّق فيه الحامل.

(ب) : أخرج الإمام مسلم في «صحيحه» حديث طلاق ابن عمر وفيه قول النبي - ﷺ -: «مُـرْهُ فليراجعها، ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً»[٩٦١٨]. فلم يرد في هذا الحديث الشريف وقت محدد بطلاق الحامل، فدلّ ذلك على أن طلاقها للسُّنّة يقع في أي وقت يختاره المطلّق.

٧٧٩٠ - (جـ) : أخرج أبو داود عن سالم عن ابن عمر، قال: طلّق ابن عمر امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي - ﷺ - فقال: «مُرْهُ فليراجعها، ثم ليطلّقها إذا طهرت، أو هي حامل»[٩٦١٩]. وقال الإمام الخطّابي في شرح هذا الحديث: فيه بيان أنه إذا طلّقها وهي حامل فهو مطلق للسُّنّة، ويطلّقها في أي وقت شاء في الحمل، وهو قول كافة العلماء»[٩٦٢٠].

٧٧٩١ - (د) : أخرج الدارقطني عن عكرمة، قال: قال ابن عباس: «الطلاق على أربعة أوجه: وجهان حلال، ووجهان حرام. فأما اللذان هما حلال: فأن يطلّق الرجل امرأته طاهراً من غير جِماع، أو يطلّقها حاملاً مستبيناً حملها. .»[٩٦٢١].

٧٧٩٢ - (هـ) : تعليل ابن قدامة:

قال ابن قدامة الحنبلي في تعليل مشروعية طلاق الحامل في أي وقت من أوقات حملها: «ولأن مطلّق الحامل التي استبان حملها قد طلّق على بصيرة، فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم، كما أنها ليست مرتابة في عدتها لعدم اشتباه الأمر عليها أنها حامل»[٩٦٢٢].

٧٧٩٣ - (و) : تعليل الكاساني:

ويقول علاء الدين الكاساني في تعليل جواز تطليق الحامل في أي وقت: «وأما الحامل إذا استبان حملها فالأحسن أن يطلقها واحدة رجعية، وإن كان قد جامعها فيه - أي في وقت حملها -

---

(٩٦١٧) سورة الطلاق الآية ٤.

(٩٦١٨) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٦٥.

(٩٦١٩) «سنن أبي داود شرح عون المعبود» ج٦، ص٢٢٩.

(٩٦٢٠) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٢٣٠.

(٩٦٢١) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٢٢.

(٩٦٢٢) «المغني» ج٧، ص١٠٥.

وطلّقها عقيب الجِماع؛ لأن الكراهة في ذوات الأقراء ـ أي الكراهة في التطليق بعد الجِماع في حقّ الزوجة التي عدتها بالقروء ـ لاحتمال الندامة لاحتمال الحبل، ومن طلّقها مع علمه بالحبل فالظاهر أنه لا يندم»[٩٦٢٣].

٧٧٩٤ ـ ثالثاً: الصغيرة والآيسة من الحيض:

قال تعالى: **﴿واللَّائِي يئِسنَ منَ المَحِيضِ مِنْ نِسائِكُمْ إنِ ارتَبْتُمْ فعِدَّتُهُنَّ ثلاثَةُ أَشهُرٍ واللَّائِي لمْ يحِضْنَ﴾**[٩٦٢٤]. دلت هذه الآية الكريمة على أن عدة الآيسة من الحيض ـ كما لو كانت كبيرة السن ـ والصغيرة التي لم تحض بعد، عدة كل منهما ثلاثة أشهر[٩٦٢٥] فيكون الطلاق المشروع في حقّ كل منهما من جهة وقت إيقاعه هو الوقت الذي يختاره الزوج المطلق؛ لأنه لا عدّة لهما بالقروء حتى يطلق لعدّتهما. وعلى هذا، فمتى وقع الطلاق ابتدأ حساب العدة، وهي ثلاثة أشهر من تاريخ وقوع الطلاق ـ بالتفصيل الذي سنذكره إن شاء الله عند كلامنا عن العدّة فيما بعد ـ.

٧٧٩٥ ـ وعلى هذا، فإذا جامع الزوج الآيسة أو الصغيرة التي لم تحض وطلق عقيب الجِماع فالطلاق مشروع من جهة وقت إيقاعه، وفي هذا يقول الكاساني معللاً وجه المشروعية في هذه الحالة: «إن كراهة الطلاق في الطهر الذي حصل الجِماع فيه في ذوات الأقراء ـ أي اللاتي يحضن ـ لاحتمال أن تحبل بالجِماع فيندم، وهذا المعنى لا يوجد في الآيسة والصغيرة وإن وجد الجِماع؛ ولأن الإياس والصغر في الدلالة على براءة الرحم فوق الحيضة في ذوات الأقراء، فلما جاز الإيقاع ثمة عقيب الحيضة فلئن يجوز هنا عقيب الجِماع أولى»[٩٦٢٦].

٧٧٩٦ ـ الطلاق السُّنّي من حيث العدد:

أولاً: بالنسبة للمدخول بها وهي من ذوات الحيض:

قال الإمام الخرقي الحنبلي: «وطلاق السُّنّة أن يطلقها طاهراً من غير جِماع واحدة، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها» وتعليقاً على هذا القول قال ابن قدامة الحنبلي: «فأما قوله ثم يدعها حتى تنقضي عدتها، فمعناه أنه لا يتبعها طلاقاً آخر قبل انقضاء عدتها، ولو طلقها ثلاثاً في ثلاثة

(٩٦٢٣) «البدائع» للكاساني، ج٣، ص ٨٨-٨٩.

(٩٦٢٤) سورة الطلاق الآية ٤.

(٩٦٢٥) «تفسير الزمخشري» ج٤، ص٥٥٧، «تفسير القرطبي» ج١٨، ص ١٦٣-١٦٥، «تفسير ابن العربي» ج٤، ص١٨٢٥-١٨٢٦.

(٩٦٢٦) «البدائع» ج٣، ص٨٩.

أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد. قال أحمد: طلاق السُّنّة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض»[9627]. وهذا مذهب المالكية[9628]، وهو قول الأوزاعي وأبي عبيد[9629].

٧٧٩٧ ـ فطلاق السُّنـة، إذن من حيث عدد الـطلقات، بالنسبة للمدخول بها من ذوات الحيض، أن يطلّقها طلقة واحدة في طهر لم يمسسها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها بأن تحيض ثلاث حيضات، فلا يطلّقها طلقة أخرى في طهر آخر بعد طلاقه الأول عليها، ولا يجمع عليها الطلقات فيطلّقها ثلاثاً بلفظ واحد، ولا مفرقة على أطهارها في العدة.

٧٧٩٨ ـ والحجة لهذا القول أنه هو المروي عن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ. وقال ابن عبدالبرّ: طلاق السُّنّة أن يطلّقها وهي طاهر، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شاء[9630].

٧٧٩٩ ـ طلاق السُّنّة عند الحنفية:

وقال الحنفية: الطلاق السُّنّي من حيث العدد: حسن وأحسن. (فالأحسن) أن يطلّق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيض الذي قبله ولا طلاق فيه، ويتركها حتى تنقضي عدتها، فقد روى ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي أن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض. فإن هذا أفضل عندهم من أن يطّلقها الرجلُ ثلاثاً عند كل طهر واحدة.

وقال الإمام محمد بن الحسن ـ رحمه الله ـ: بلغنا عن إبراهيم النخعي أن أصحاب رسول الله ـ ﷺ ـ كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة؛ لأنه أبعد عن الندامة حيث أبقى لنفسه قدرة للتدارك، حيث يمكنه ردّها في العدة، أو تزوجها بعد العدة دون تحلل من زوج آخر، كما أن هذا النهج في الطلاق أقل ضرراً بالمرأة حيث لم تبطل حلّيتها بالنسبة إليه[9631].

(٩٦٢٧) «المغني» ج٧، ص٩٨.

(٩٦٢٨) «الشرح الصغير» للدرير، ج١، ص٤٤٨، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٦١، «بداية المجتهد» لابن رشد، ج٢، ص٥٢.

(٩٦٢٩) «المغني» ج٧، ص٩٨.

(٩٦٣٠) «المغني» ج٧، ص٩٩.

(٩٦٣١) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص ٢٢-٢٣.

وأما الطلاق الحسن عند الحنفية، فهو أن يطلّق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار، أي يطلّقها عند كل طهر طلقة واحدة سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية؛ لأن المخاطب بإيقاع الطلاق هو الزوج المسلم[٩٦٣٢].

٧٨٠٠ ـ طلاق السُّنّة عند الزيدية:

ومذهب الزيدية طلاق السُّنّة يشمل ما سمّاه الحنفية: الحسن والأحسن، فليس عند الزيدية هذه القسمة الثنائية لطلاق السُّنّة، فقد روى الزيدية عن الإمام زيد بن علي قوله عن طلاق السُّنّة أنه نوعان: **(أحدهما)**: أن يطلّقها طلقة واحدة وهي طاهرة من الجِماع والحيض، ثم يمهلها حتى تحيض ثلاثاً فتبين منه. **(الثاني)**: أن يطلّقها في كل طهر تطليقة وهو أحق برجعتها ما لم تكن التطليقة الثالثة». واحتجوا أيضاً بما أخرجه البيهقي والدارقطني والطبراني في «معجمه الكبير» عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض، ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القُرْئين، فبلغ ذلك رسول الله ـ ﷺ ـ فقال: «يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله تعالى، إنك قد اخطأت السُّنّة، والسُّنّة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قُرء مرة»[٩٦٣٣].

٧٨٠١ ـ طلاق السُّنّة عند الشافعي:

وعند الشافعي، من طلاق السُّنّة أن يطلق واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها وتبين منه، وهذا هو الأفضل المختار، وله أن يطلّقها ثلاثاً في طهر واحد، أو يفرق الثلاثة على الأطهار الثلاثة فيطلّقها في كل طهر واحدة، فقد قال الإمام الشافعي في «الأم»: «اختار للزوج أن لا يطلّق إلا واحدة ليكون له الرجعة في المدخول بها، ويكون خاطباً في غير المدخول بها، ولا يحرم عليه أن يطلّق اثنتين ولا ثلاثاً؛ لأن الله تبارك وتعالى أباح الطلاق وما أباح فليس بمحظور على أهله.. وطلّق عويمر العجلاني امرأته بين يدي الرسول ـ ﷺ ـ ثلاثاً قبل أن يأمره وقبل أن يخبره أنها تطلق عليه باللعان، ولو كان شيئاً محظوراً عليه لنهاه النبي ـ ﷺ ـ ليعلمه وجماعة من حضر..»[٩٦٣٤].

٧٨٠٢ ـ طلاق السُّنّة عند الظاهرية:

وعند الظاهرية ليس في عدد الطلقات التي يوقعها الزوج سُنّة، فللزوج أن يطلّق امرأته طلقة

(٩٦٣٢) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٣.

(٩٦٣٣) «الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير» ج٤، ص ٣٢٨-٣٢٩.

(٩٦٣٤) «كتاب الأم» للشافعي، ج٥، ص١٨٠.

واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها فتبين منه، كما له أن يطلّق ثنتين أو ثلاثاً مرة واحدة، فقد قال ابن حزم ـ رحمه الله ـ: «فإن طلّقها في طهر لم يطأها فيه فهو طلاق سُنّة لازم كيفما أوقعه إن شاء طلقة واحدة، وإن شاء طلقتين مجموعتين، وإن شاء ثلاثاً مجموعة. واحتج ابن حزم بعموم آيات الطلاق وبحديث عويمر العجلاني بشأن لِعَانه مع زوجته، وإيقاعه الطلاق الثلاث على زوجته التي لاعنها في حضرة النبي ـ ﷺ ـ، ولم ينكر عليه ذلك النبي ـ ﷺ ـ، فدل ذلك على مشروعية إيقاع الطلاق ثلاثاً وعدم تقييد سُنّية الطلاق بإيقاعه واحدة فقط، وتركها حتى تنقضي عدتها»(٩٦٣٥).

٧٨٠٣ ـ القول الراجح:

والراجح قول من قال: إن طلاق السُّنّة يتحقق بإيقاع طلقة واحدة على المرأة في طهر لم يجامعها فيه زوجها، ويتركها حتى تنقضي عدتها فتبين منه، وأدلة الترجيح كثيرة منها ما يأتي:

٧٨٠٤ ـ أدلة الترجيح: الدليل الأول:

إن أكثر روايات طلاق ابن عمر لزوجته، ليس فيها عبارة: «والسُّنّة أن تستقبل الطهر فتطلّق لكل قُرء»، وإذا صحت هذه الزيادة فيحتمل ـ كما قال ابن قدامة الحنبلي ـ أن يكون ذلك بعد ارتجاعها، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلّقها كان طلاقه للسنّة(٩٦٣٦).

٧٨٠٥ ـ الدليل الثاني:

قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ يدل على أن الطلاق المشروع ما كان على دفعتين أي مرة بعد مرة، وكل واحدة من المرتين يتبعها إما رجعة وإما تركها حتى تنقضي عدتها ـ كما بيّنا من قبل ـ.(٩٦٣٧).

٧٨٠٦ ـ الدليل الثالث:

إيقاع الطلاق طلقة واحدة هو المأثور عن الصحابة، وقد ذكرنا عنهم أنهم كانوا يستحبون أن يطلق الرجل امرأته طلقة واحدة ثم يتركها حتى تنقضي عدتها فتبين منه إذا لم يرغب في إرجاعها أثناء العدة. واستحسانهم هذا يشعر أنهم استفادوه من السُّنّة النبوية الشريفة.

(٩٦٣٥) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص١٦١، ١٧٠.

(٩٦٣٦) «المغني» ج٧، ص٩٩.

(٩٦٣٧) الفقرة ٧٦٩٨.

٧٨٠٧ ـ **الدليل الرابع:**

إن التطليق بواحدة وتركها حتى تنقضي عدتها يتفق وحكمة نظام الطلاق في الإسلام التي شرعت أحكامه على أساس إعطاء الفرصة للمطلّق لتدارك ما قد عسى أن يكون قد أخطأ فيه من تطليق زوجته أو استعجل في هذا التطليق، فيستطيع تدارك ذلك بارتجاعها خلال العدة بعقد جديد بعد انقضاء العدة، وكل هذا لا يحدث إلا إذا كان طلاقه بواحدة رجعية، ولا يمكن إذا طلّقها ثلاثاً بلفظ واحد أو بثلاث متفرقات عند أطهارها الثلاثة.

٧٨٠٨ ـ **الدليل الخامس:**

الأصل في الطلاق الحظر، ويباح للحاجة، والحاجة تندفع بالتطليق بطلقة واحدة، فلا حاجة في إيقاع الطلاق ثلاثاً مجموعة بلفظ واحد أو متفرقات على ثلاثة أطهار.

٧٨٠٩ ـ **الدليل السادس:**

عمومات آيات الطلاق التي احتج بها ابن حزم لا تصلح حجة لما ذهب إليه من أن طلاق السُّنّة يكون بتطليق الرجل امرأته واحدة أو اثنين أو ثلاثاً مجموعة، فهذه الآيات وردت لبيان بعض أحكام الطلاق مثل حكم التطليقة الثالثة، وحكم الطلاق قبل الدخول. أما آية ﴿**الطَّلَاقُ** مَرَّتَانِ...﴾ والتي ذكرناها فقد دلت على الكيفية المشروعة لإيقاع الطلاق، وهي إيقاع الطلاق طلقة واحدة رجعية.

٧٨١٠ ـ **الدليل السابع:**

إيقاع الطلاق ثلاثاً من قبل عويمر العجلاني كان بعد وقوع الفرقة باللعان، فلم يكن لطلاقه من أثر سوى إظهار عزمه على مفارقتها وتأكيد ما وقع من فرقة بينه وبينها بهذا اللعان ـ كما أشرنا إلى ذلك من قبل ـ[٩٦٣٨].

٧٨١١ ـ **ثانياً: طلاق السُّنّة بالنسبة لغير المدخول بها:**

والسُّنّة في الطلاق من حيث العدد يستوي فيها الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها، وهي إيقاع الطلاق طلقة واحدة، فإذا طلّق غير المدخول بها ثلاثاً كان طلاقه خلاف طلاق السُّنّة[٩٦٣٩]. وأيضاً فإن إيقاع الطلاق ثلاثاً على غير المدخول بها يقع ثلاثاً عند بعض الفقهاء،

(٩٦٣٨) الفقرة ٧٧٠٩.

(٩٦٣٩) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٨.

ومعنى ذلك أنها لا تحلّ لمطلّقها إلا إذا نكحت زوجاً غيره، وهذا تشديد عليه هو في غنى عنه إذا طلّقها طلاق السُّنّة ـ أي طلّقها طلقة واحدة ـ.

٧٨١٢ ـ ثالثاً: طلاق السُّنّة بالنسبة لمن لا تحيض:

وإذا كانت الزوجة لا تحيض لكونها آيسة من الحيض لكبر سنها، أو لا تحيض لصغر سنها، فإن عدتهـا تكون بالأشهر لقوله تعالى: **﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾**[٩٦٤٠]. وعلى هذا، فطلاق السُّنّة بالنسبة لهما: «إذا أراد أن يطلّقهما طلاق السُّنّة، طلقهما طلقة واحدة، فإذا مضى شهر طلقهما أخرى، فإذا مضى شهر طلقها أخرى»[٩٦٤١]. وهذا قول الحنفية. ويبدو أنه بناء على ما قالوه أن طلاق السُّنّة: حسن وأحسن، وهـذا الـذي قالوه هو طلاق السُّنّة الحسن؛ لأنه عندهم إيقاع طلقة عند كل طهر، والثلاثة الأشهر وهي عدة اليائسة من المحيض والتي لم تحض، تُنزَل منزلَة الأطهار الثلاثة، فكان طلاق السُّنّة الحسن أن يطلقها واحدة عند كل شهر، كما يطلّقها واحدة عند كل طهر. أما إذا أراد أن يطلّقهـا طلاق السُّنّة الأحسن فإنه يطلّقها طلقة واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها بمضي ثلاثة أشهر من وقت طلاقها.

٧٨١٣ ـ رابعاً: طلاق السُّنّة بالنسبة للحامل:

وإذا كانت الزوجة حاملاً فطلاق السُّنّة بالنسبة لها من حيث العدد أن يطلّقها واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتهـا، وانقضـاء عدتها يكون بوضع الحمل لقوله تعالى: **﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾**[٩٦٤٢].

المطلب الثاني

طلاق البدعة

٧٨١٤ ـ تعريف طلاق البدعة:

طلاق البدعة أو الطلاق البدعي هو ما خالف طلاق السُّنّة، سواء كانت المخالفة من جهة الوقت ـ وقت إيقاعه ـ، أو من جهة العدد ـ أي عدد الطلقات التي يوقعها في طلاقه ـ. جاء في «فتـح القـدير» في فقه الحنفية: «وطلاق البدعة ما خالف قسمي السُّنّة»[٩٦٤٣]. أي ما خالف

(٩٦٤٠) سورة الطلاق الآية ٣.

(٩٦٤١) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٩.

(٩٦٤٢) سورة الطلاق من الآية ٤.

(٩٦٤٣) «فتح القدير» ج٣، ص٢٤.

قسمي طلاق السُّنّة: وهما طلاق السُّنّة من جهة الوقت ومن جهة العدد.

٧٨١٥ ـ أنواع طلاق البدعة:

جاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «وطلاق البدعة أن يطلّقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو ثلاثاً في طهر واحد، فإن فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصياً»[٩٦٤٤]. وقال صاحب «فتح القدير» تعليقاً على قول «الهداية»: «وطلاق البدعة ما خالف قسمي السُّنّة ـ أي قسمي طلاق السُّنّة ـ، وذلك بأن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك ـ أي في طهر واحد ـ، أو واحدة في الحيض، أو في طهر قد جامعها فيه، أو جامعها في الحيض الذي يليه»[٩٦٤٥]. أي جامعها في الحيض الذي يليه الطهر الذي أوقع فيه الطلاق[٩٦٤٦].

٧٨١٦ ـ وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فإن طلّق للبدعة وهو أن يطلقها حائضاً أو في طهر أصابها فيه، أَثِمَ ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم»[٩٦٤٧].

٧٨١٧ ـ الخلاف في بعض أنواع طلاق البدعة:

وهناك خلاف في بعض أنواع طلاق البدعة مثل جمع الثلاث في لفظ واحد: كأن يقول لزوجته: «أنتِ طالق ثلاثاً» فالحنفية والحنابلة في إحدى الروايتين عن أحمد، والإمام مالك وغيرهم يجعلون الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد طلاق بدعة؛ لأن جمع الثلاث بلفظ واحد بدعة كما نقلنا عن الحنفية في الفقرة السابقة. وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «والرواية الثانية عن أحمد أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرم»[٩٦٤٨]. وعند الشافعية يجوز التطليق ثلاثاً بلفظ واحد[٩٦٤٩]، كما يجوز ذلك عند الظاهرية ولا بدعة فيه[٩٦٥٠].

٧٨١٨ ـ وكذلك إيقاع الطلقات الثلاث مفرقة على أطهار المرأة هو من طلاق السُّنّة عند الحنفية ولا بدعة فيه؛ لأن البدعة عندهم من جهة العدد إيقاع الثلاث مجتمعة أو متفرقة في طهر واحد لم يجامعها فيه، وعند الإمام مالك هو طلاق بدعة ولا يباح إلا طلاق واحد، وحجته أن

(٩٦٤٤) «الهداية» ج٣، ص٢٤.

(٩٦٤٥) «فتح القدير» ج٣، ص٢٤.

(٩٦٤٦) «حاشية سعدي أفندي على شرح الهداية» ج٣، ص٢٤.

(٩٦٤٧) «المغني» ج٧، ص٩٩.

(٩٦٤٨) «المغني» ج٧، ص١٠٢.

(٩٦٤٩) «الأم» للشافعي، ج٥، ص١٨٠.

(٩٦٥٠) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص١٦١.

الأصل في الطلاق هو الحظر، والإباحة للحاجة والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة(٩٦٥١). واحتج الحنفية لقولهم بجواز إيقاع الطلاق ثلاثاً مفرقاً على أطهار المرأة الثلاثة، ورداً على قول مالك بما رواه الدارقطني عن عبدالله بن عمر أنه طلّق امرأته وهي حائض، ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخريين عند القرأين (الطهرين)، فبلغ ذلك رسول الله ـ ﷺ ـ فقال: «يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله، قد أخطأت السُّنّة، السُّنّة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء»، فأمرني فراجعتها. فقال: «إذا هي طهرت، فطلّق عند ذاك أو أمسك». فقلت يا رسول الله: أرأيت لو طلّقتها ثلاثاً، أكان يحلُّ لي أن أراجعها؟ فقال: «لا، كانت تبين منك وكانت معصية»(٩٦٥٢). ولكن هذا الحديث ضعيف كما قال البيهقي وغيره. وأشار إلى ذلك صاحب «فتح القدير»، وإن دافع هو عن هذا الحديث(٩٦٥٣).

كما احتج الحنفية لقولهم بأن تفريق الطلاقات على الأطهار الثلاثة ليس طلاق بدعة كما قال الإمام مالك، بل إنه دليل الحاجة إلى إيقاع مثل هذا الطلاق، فقد جاء في «شرح العناية على الهداية: «إن الأصل في الطلاق الحظر كما قال الإمام مالك، والإباحة للحاجة بسبب العجز عن الإمساك بالمعروف عند عدم موافقة الاختلاف، والحاجة بسبب العجز أمر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجِماع مقامه. وكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة إلى الطلاق تكررت، فأبيح تكرار الطلاق المفرق على الأطهار»(٩٦٥٤).

٧٨١٩ ـ وقد أشار ابن رشد في «بداية المجتهد» إلى هذا الخلاف بين الإمام مالك وأبي حنيفة في تفريق الطلاق الثلاث عند أطهار المرأة، فقال ابن رشد ـ رحمه الله ـ: «اختلف فيه ـ أي في إيقاع الطلقات الثلاث مفرقة على الأطهار بأن يوقع طلقة عند كل طهر ـ، فقال مالك من شرط السُّنّة في الطلاق أن لا يتبعها في العدة طلاقاً آخر. وقال أبو حنيفة إن طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقاً للسُّنّة»(٩٦٥٥). والحنابلة مع مالك في هذه المسألة، فهم يرون أن طلاق السُّنّة أن يطلّقها واحدة ثم يتركها حتى تنقضي بانقضاء ثلاث حيض، ومعنى ذلك أن إيقاع طلقة عند كل طهر هو طلاق بدعة، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ولو طلّقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار، كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد. قال أحمد طلاق السُّنّة

(٩٦٥١) «الهداية» ج٣، ص٢٣.

(٩٦٥٢) «الهداية» ج٣، ص ٢٣-٢٤.

(٩٦٥٣) «فتح القدير» ج٣، ص٢٤.

(٩٦٥٤) «شرح العناية على الهداية» ج٣، ص٢٤.

(٩٦٥٥) «بداية المجتهد» لابن رشد، ج٢، ص٥٢.

واحـدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض»[٩٦٥٦]. أما اعتبار تطليقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار، كتطليقها ثلاثاً بلفظ واحد في طهر واحد كما قال ابن قدامة، فهذا التطليق المشبّه به هو طلاق بدعة في إحدى الروايتين عن أحمد وإن كان يقع، وقد أشرنا إلى ذلك من قبل[٩٦٥٧].

٧٨٢٠ ـ الاتفاق على بعض أنواع طلاق البدعة:

ولا خلاف في بعض أنواع طلاق البدعة، مثل الطلاق في الحيض، والطلاق في طهر قد جامعها فيه. هذا وإن النفاس كالحيض في أن الطلاق فيه طلاق بدعة.

٧٨٢١ ـ هل يقع الطلاق البدعي:

أما هل يقع طلاق البدعة، فقد بيّنا أقوال الفقهاء في ذلك بالنسبة للمتفق على كونه طلاق بدعة وهو الطلاق في الحيض أو في طهر قد جامعها فيه، كما بيّنا أقوال الفقهاء في ذلك بالنسبة للطلاق المختلف في بدعته كجمع الثلاث بلفظ واحد، أو إيقاعه مفرقاً في مجلس واحد، فلا حاجة لإعادته هنا[٩٦٥٨].

(٩٦٥٦) «المغني» ج٧، ص١٠٢.

(٩٦٥٧) الفقرة ٧٦٨٦.

(٩٦٥٨) بالنسبة لوقوع طلاق الحائض تراجع الفقرات من ٧٣٠٥-٧٣٢٣. وبالنسبة لوقوع طلاق المرأة في طهرها الذي جامعها فيه زوجها تراجع الفقرات ٧٣٤٧-٧٣٥٢، وبالنسبة لوقوع طلاق الثلاث بلفظ واحد أو مفرقاً في مجلس واحد تراجع الفقرات من ٧٦٧٩-٧٧٥٦.

الفصل الثالث
الخلع

٧٨٢٢ ـ تمهيد:

مضى الكلام في الطلاق باعتباره تصرفاً شرعياً يقوم به الزوج بإرادته المنفردة، فتقع به الفرقة بين الزوجين وتنقطع الرابطة الزوجية بينهما. وهذا التصرف الشرعي «الطلاق» يملكه الزوج بتمليك من الشرع ويباشره بنفسه وبمحض إرادته واختياره ولذلك عُدَّ من التصرفات الانفرادية ـ أي من التصرفات بالإرادة المنفردة ـ. ويجوز للزوج أن يباشر حقّه في الطلاق عن طريق نائبه فيوكل مَنْ يشاء لإيقاع الطلاق على زوجته على النحو الذي فصّلناه من قبل(٩٦٥٩). كما له أن يفوّض زوجته أمر تطليق نفسها على النحو الذي بيّناه في بحث التفويض(٩٦٦٠).

وقد تقع الفرقة بين الزوجين وتنقطع الرابطة الزوجية بينهما عن طريق اتفاقهما على ذلك بما يعرف في الفقه الإسلامي باسم «الخُلع». وهذا يتم عادة ببذل الزوجة مالاً لزوجها لقاء موافقته على إنشاء هذا التصرف (الخلع) معها؛ لأنهاء الرابطة الزوجية فيما بينهما.

٧٨٢٣ ـ منهج البحث:

وإذ قد تبيّن المعنى العام للخلع، فإن هذا البيان لا يكفي، بل لا بد من تحديد المراد من الخلع شرعاً، وبيان دليل مشروعيته، وحكمه وحكمته وتكييفه الفقهي، وأركانه التي لا يوجد بدونها، وهل يتوقف إجراؤه على أحد كالقاضي مثلاً، وهل تصح الوكالة فيه، وإذا وقع مستوفياً شروطه فما هي آثاره.

وعلى هذا، نقسم هذا الفصل إلى مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الخلع، وبيان دليل مشروعيته.

المبحث الثاني: حكمه وحكمته.

(٩٦٥٩) الفقرات من ٧٢٤٧ـ٧٢٥٩.

(٩٦٦٠) الفقرات من ٧٢٦١ـ٧٣٣٠.

المبحث الثالث: التكييف الشرعي للخلع.
المبحث الرابع: أركان الخلع.
المبحث الخامس: الوكالة في الخلع.
المبحث السادس: إذن القاضي بالخلع.
المبحث السابع: آثار الخلع.

المبحث الأول

تعريف الخلع، وبيان مشروعيته

٧٨٢٤ ـ تعريفه في اللغة:

جاء في «لسان العرب» لابن منظور: خَلَع الشيء يَخْلَعه خَلْعه واخْتَلَعَه كنزعه. وخَلَع النعل والثوب والرداء يَخْلَعه خَلْعاً؛ جرّده.

وخَلَعَ امرأته خُلعاً (بضم الخاء) وخُلاعاً فاخْتَلَعَتْ، وخَالَعَتْه: أزالها عن نفسه وطلّقها على بذلٍ منها له فهي (خَالع) والاسم الخُلْعة.

وقد تخَالعَا واختَلَعَت منه اختِلاعَاً فهي مختَلِعَة. وسمي ذلك الفراق بين الزوجين خُلْعَاً؛ لأن الله تعالى جعل النساء لباساً للرجال، والرجال لباساً لهن فقال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ وهي ضجيعه وضجيعته، فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك، فقد بانت منه وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه والاسم من كل ذلك الخلع[٩٦٦١].

٧٨٢٥ ـ وفي «النهاية» لابن الأثير: يقال خَلَع امرأته خُلْعاً وخَالَعها مخَالَعة، واختلعت هي منه فهي خالع. وأصله من خلع الثوب.

والخلع أن يطلق زوجته على عوض تبذله له. وقد يسمى الخلع طلاقاً ومنه حديث عمر: «أن امرأة نشزت على زوجها فقال له عمر: (اخلعها) أي طلّقها واتركها»[٩٦٦٢].

٧٨٢٦ ـ تعريف الخلع في اصطلاح الفقهاء:

أ : جاء في «الدر المختار» في فقه الحنفية: «الخلع إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه»[٩٦٦٣].

(٩٦٦١) «لسان العرب» لابن منظور، ج٩، ص٤٢٩. (٩٦٦٢) «النهاية» لابن الأثير، ج٢، ص٦٥.

(٩٦٦٣) «الدر المختار» ج٣، ص ٤٣٩ـ٤٢١.

(ب) : وفي «فتح القدير» في فقه الحنفية: «الخلع إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع»[9664].

(جـ) : وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «الخلع فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة»[9665].

(د) : وفي «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «هو لغة: النزع، وشرعاً: طلاق بعوض»[9666].

(هـ) : وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «الخلع في الشرع: فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع»[9667].

(و) : وفي «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» في فقه الجعفرية: «الخلع طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج»[9668].

(ز) : وفي «المحلى» في فقه الظاهرية: «الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا توفيه حقّه أو خافت أن يبغضها، فلا يوفيها حقّها فلها أن تفتدى منه ويطلقها إن رضي هو»[9669].

٧٨٢٧ ـ خلاصة التعاريف:

ويخلص لنا من هذه التعاريف، أنها تنصب على معنى واحد مشترك فيما بينها هو (وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما، وبعوض تدفعة الزوجة لزوجها) فهو كالطلاق تنحلّ به الرابطة الزوجية، ولكن يختلف عنه بأن الخلع يتوقف وقوعه على رضا الزوجين وببذل الزوجة مالاً لزوجها، أما الطلاق فهو تصرف بإرادة الزوج وحده وبدون عوض من الزوجة.

٨٧٢٨ ـ التعريف المختار:

والتعريف الذي نختاره ما جاء في «فتح القدير» مع تحوير بسيط. أما الذي جاء فيه فهو:

(٩٦٦٤) «فتح القدير» ج٣، ص١٩٩.

(٩٦٦٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٦.

(٩٦٦٦) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٤٧.

(٩٦٦٧) «مغني المحتاج» ج٣ ص٢٦٢.

(٩٦٦٨) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٦٣.

(٩٦٦٩) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٣٥.

«الخلع إزالة ملك النكاح ببذل بلفظ الخلع» والمختار بعد تحويره هو: «الخلع إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة لزوجها بألفاظ مخصوصة».

٧٨٢٩ ـ أدلة مشروعية الخلع:

أولاً: من القرآن الكريم:

قال تعالى: **الطَّلاَقُ مرَّتَان: فإمْساكٌ بمَعرُوفٍ، أو تسْريحٌ بإحْسانٍ، ولاَ يحِلُّ لكُمْ أنْ تأْخُذُوا مِمَّا آتيتُمُوهُنَّ شَيئاً إلاَّ أنْ يخافَا ألاَّ يُقيمَا حُدُود الله، فـإنْ خفْتُمْ ألاَّ يُقيما حُدُودَ الله فلا جُنـاحَ علَيْهِمَا فيمَا افْتدَتْ بِهِ، تلكَ حُدُودُ الله فلاَ تَعتَدُوهَا. ومَنْ يتَعدَّ حُدُودَ الله فأُولَئكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾**[٩٦٧٠]. وقوله تعالى: **﴿ولا يَحِلُّ لكُمْ أنْ تأْخُذُوا مِمَّا آتيتُمُوهُنَّ شيئاً إلاَّ أنْ يخَافَا ألاَّ يُقيما حُدُودَ الله. . .﴾** إلخ هذا القسم من الآية الكريمة يتعلق بإباحة الخلع بالشروط المذكورة في الآية الكريمة، وبذلك قال المفسرون»[٩٦٧١].

٧٨٣٠ ـ ثانياً: من السُّنَّة النبوية الشريفة:

أخرج الإمام البخاري ـ رحمه الله تعالى ـ عن ابن عباس قال: «جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ـ ﷺ ـ فقالت: يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر. فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: فتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم. فردت عليه، وأمره ففارقها»[٩٦٧٢]. وقد جاء في شرحه لابن حجر العسقلاني «وفي رواية عن ابن عباس: أول خلع كان في الإسلام امرأة ثابت بن قيس. . . وقولها: (ما أنقم على ثابت في خلق ولا دين) أي لا أريد مفارقته لسوء خلقه ولا لنقصان دينه (ولكن أكره الكفر في الإسلام) كما جاء هذا في رواية أخرى للإمام البخاري، أي أكره إن أقمت عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر. ويحتمل أن تريد بالكفر كفران العشير، إذ هو تقصير المرأة في حقّ زوجها. وقال الطيبي: المعنى أخاف على نفسي في الإسلام ما ينافي حكمه من نشوز وبغض وغيره مما يتوقع من الشابة الجميلة المبغضة لزوجها

(٩٦٧٠) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٩٦٧١) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٠٦، «أحكام القرآن» للجصّاص، ج١ ص٣٩١-٣٩٢. «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٣٦.

(٩٦٧٢) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٣٩٥، ورواه أبو داود في «سننه» ج٦، ص٣٠٨-٣١١، والنسائي في «سننه» ج٦، ص١٣٨، وابن ماجه في «سننه» ج١، ص٦٦٣، والدارمي في «سننه» ج٤، ص١٦٣، والبيهقي في «السنن الكبرى» ج٧، ص٣١٢-٣١٣.

إذا كان بالضد منها، فأطلقت على ما ينافي مقتضى الإسلام، الكفر»[٩٦٧٣].

وأخرج الترمذي في «جامعه» عن ابن عباس قوله: «إن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي - ﷺ -»[٩٦٧٤].

٧٨٣١ - ثالثاً: الإجماع:

قال ابن قدامة الحنبلي: «وبهذا - أي بجواز الخلع - قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام، قال ابن عبدالبرّ: ولا نعلم أحداً خالف إلّا بكر بن عبدالله المزني، فإنه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وإنْ أردْتُم اسْتِبْدالَ زوْجٍ مكانَ زَوْجٍ وآتيتُمْ إحْداهُنَّ قِنْطَاراً فلا تأْخُذُوا مِنْه شيْئاً...﴾ ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة، ولم يثبت شيء من ذلك. والقول بالخلع هو قول عمر وعلي وعثمان وغيرهم من الصحابة لم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً، فيكون إجماعاً»[٩٦٧٥].

وقد ردّ الإمام الجصّاص على دعوى النسخ بقوله: «فليس في قوله تعالى: ﴿وإنْ أردْتُم استِبْدالَ زوجٍ مكانَ زوْجٍ...﴾ الآية، ما يوجب نسخ قوله تعالى: ﴿فإنْ خِفْتُمْ ألَّا يُقِيَما حُدُودَ اللهِ فلاَ جُنَاحَ علَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾؛ لأن كلًّا منهما مقصورة الحكم على حال مذكورة فيها»[٩٦٧٦]. وكذلك ذكر ابن حجر العسقلاني مخالفة بكر بن عبدالله المزني وادعاءه نسخ آية الخلع وردّ عليها بنحو ردّ الجصّاص، ثم قال: «وانعقد الإجماع بعده على اعتبار الخلع»[٩٦٧٧].

(٩٦٧٣) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص ٣٩٩-٤٠٠.

(٩٦٧٤) «جامع الترمذي» ج٤، ص٣٦٤.

(٩٦٧٥) «المغني» ج٧، ص ٥٢-٥٣.

(٩٦٧٦) «أحكام القرآن» للجصّاص، ج١، ص٣٩٢.

(٩٦٧٧) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص ٣٩٥-٣٩٦.

المبحث الثاني

حكم الخلع وحكمة تشريعه

٧٨٣٢ - هل الأصل في الخلع الإباحة أم الحظر؟

قلنا إن الخلع مشروع بأنه جائز فعله إذا ما توافرت فيه شروطه التي سنذكرها. والخلع قطع للرابطة الزوجية بعوض، فهو كالطلاق المعروف الذي تنقطع به الرابطة الزوجية، بل إن المالكية قالوا في تعريف الخلع بأنه (طلاق بعوض)، فهل الأصل فيه الحظر كالطلاق، فلا يجوز إلّا لحاجة مشروعة أو لسبب مقبول مشرعاً؟ أم أن الأصل فيه الإباحة ولا يحظر ولا يمنع إلّا لسبب مشروع؟ وقبل الجواب، نذكر بعض ما ورد في السُّنّة النبوية الشريفة بشأن الخلع، وبعض أقوال الفقهاء التي تتعلق بموضوع الخلع.

٧٨٣٣ - ما رود في السُّنّة النبوية بشأن الخلع:

أولاً: أخرج الترمذي عن ثوبان عن النبي - ﷺ - قال: «المختلعاتُ هنَّ المنافقاتُ» قال الترمذي: «هذا حديث غريب من هذا الوجه، وليس إسناده بالقوي»[٩٦٧٨]. وجاء في شرحه: المختلعات أي اللاتي يطلبن الخلع والطلاق من أزواجهن من غير بأس، هن المنافقات باطناً والمطيعات ظاهراً، مبالغة في الزجر.

وفي الباب عن أبي هريرة مرفوعاً: «المنتزعاتُ والمختلعاتُ هنَّ المنافقاتُ» أخرجه أحمد والنسائي. وفي الباب أيضاً عن ابن مسعود مرفوعاً: «المختلعاتُ والمتبرجاتُ هنَّ المنافقاتُ» أخرجه أبو نعيم في «الحلية»[٩٦٧٩].

ثانياً: وقال الترمذي في «جامعه»: «وروي عن النبي - ﷺ - قوله: «أيما امرأةٍ اختلعتْ من

(٩٦٧٨) «تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي» ج٤، ص٣٦٦.

(٩٦٧٩) «تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي» ج٤، ص٣٦٦.

زوجِها من غير بأسٍ لم تُرَحْ رائحةَ الجنّةِ». وقوله: من غير بأس. أي من غير شدة تلجئها إلى سؤال المفارقة»[٩٦٨٠].

ثالثاً: وأخرج أبو داود في «سننه»: «أيما امرأةٍ سألتْ زوجَها طلاقاً في غير بأس، فحرامٌ عليها رائحةُ الجنّةِ»[٩٦٨١].

٧٨٣٤ ـ أقوال الفقهاء في الخلع:

أ: قال ابن حجر العسقلاني: «هو ـ أي الخلع ـ مكروه إلا في حالة مخافة أن لا يقيما، أو أحد منهما ما أمر به»[٩٦٨٢].

ب: وفي «مغني المحتاج»: «ولكنه ـ أي الخلع ـ مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع»[٩٦٨٣].

جـ: وفي «كشّاف القناع»: وإن خالعته المرأة مع استقامة الحال، كره ذلك لحديث ثوبان أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «أيّما امرأةٍ سألتْ زوجَها الطلاقَ من غيرِ ما بأسٍ، فحرامٌ عليها رائحةُ الجنّةِ»؛ ولأنه عبث فيكون مكروهاً[٩٦٨٤].

د: وفي «غاية المنتهى»: «ويباح ـ أي الخلع ـ لسوء عشرة ولمبغضة لخُلُقه أو خَلْقه، وتخشى أن لا تقيم حدود الله معه»[٩٦٨٥].

هـ: وجاء في «الشرح الكبير» للدردير: «جاز الخلع على المشهور، وقيل يكره، وهو الطلاق بعوض، هذا هو الأصل فيه»[٩٦٨٦]. وقال الدسوقي تعليقاً وتعقيباً على هذا القول: «ما علم أن الخلاف فيه من حيث المعاوضة على العصمة، وأما من حيث كونه طلاقاً، فهو مكروه بالنظر لأصله اتفاقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «أبغضُ الحلالِ إلى اللهِ الطلاقُ»[٩٦٨٧].

(٩٦٨٠) «جامع الترمذي وشرحه تحفة الأحوذي» ج٤، ص٣٦٦.

(٩٦٨١) «سنن أبي داود» مع شرحه «عون المعبود» ج٦، ص٣٠٨.

(٩٦٨٢) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٣٩٦.

(٩٦٨٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٢.

(٩٦٨٤) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٦.

(٩٦٨٥) «غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى» ج٣، ص١٠٢.

(٩٦٨٦) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٩٧.

(٩٦٨٧) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» ج٢، ص٣٤٧.

٧٨٣٥ ـ الأصل في الخلع هو الحظر وجوازه للحاجة:

ومن الأحاديث النبوية الشريفة التي ذكرناها، يستخلص أن طلب المخالعة غير مرغوب فيه في الشرع، وأن التي تطلبه من غير مبرر شرعي ينتظرها تهديد شديد بحرمانها من الجنة، وهذا يدل على أن الأصل في الخلع هو الحظر، وإنما يجوز للحاجة. وكذلك أقوال الفقهاء تشير إلى أن الأصل فيه هو الحظر؛ لأنه طلاق، والطلاق في الأصل محظور وإنما يجوز للحاجة.

٧٨٣٦ ـ حكم طلب الخلع:

طلب الخلع قد يصدر من الزوجة، وهو الغالب، إذ تطلب من زوجها إجراء الخلع معها لقاء مال تدفعه له. وقد يصدر طلب الخلع من الزوج إذ يطلب هو منها إجراء الخلع معه. والطلب في الحالتين يعتبر فعلاً من أفعال المكلّفين. وأفعال المكلّفين يتعلق بها خطاب الشارع على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع. وتعلق هذا الخطاب بها على وجه الاقتضاء ـ أي على وجه الإيجاب أو الندب أو التحريم أو الكراهة ـ وتعلقه بها على وجه التخيير ـ أي على وجه الإباحة ـ. وأثر هذا التعلق الاقتضائي أو التخيير لخطاب الشارع بفعل المكلّف، جعله واجباً أو مندوباً أو محرماً أو مكروهاً أو مباحاً. فهل طلب الخلع من الزوجة أو الزوج تعتريه هذا الأحكام من الوجوب أو الندب أو التحريم أو الكراهة أو الإباحة، فيكون واجباً أو مندوباً أو محرماً أو مكروهاً أو مباحاً، أم لا؟ هذه ما نبيّنه في الفقرات التالية، فنبيّن حكم طلب الخلع من الزوجة أولاً، ثم حكم طلب الخلع من الزوج ثانياً.

٧٨٣٧ (أ): إباحة طلب الخلع من قبل الزوجة:

أولاً: عند الحنابلة:

يباح للزوجة أن تطلب الخلع إذا كرهت زوجها بسبب طبيعي كدمامته وقبح صورته، أو إذا كرهته لسبب شرعي كنقص في ديانته أي تقصيره في أداء ما يجب عليه شرعاً، أو لكبر سنه وعجزه عن أداء حقوقها وخشيت أن يؤدي بها ذلك إلى تفريطها بحقّه وما يترتب على هذا التفريط من لحوق الإثم بها، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وإذا كرهت المرأة زوجها لخَلْقه، أو لخُلقه، ـ أي لصورته الظاهرة (دمامته)، أو لصورته الباطنة (أخلاقه) ـ أو كرهته لنقص دينه ـ تقصيره في أداء ما يلزمه به الإسلام من فعل أو ترك ـ، أو لكبره، أو ضعفه، أو نحو ذلك وخافت إثماً بترك حقّه، فيباح لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[٩٦٨٨].

(٩٦٨٨) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٦، ومثله في «المغني» ج٧، ص٥١.

٧٨٣٨ ـ **ثانياً: عند الظاهرية:**

وجاء في «المحلى» لابن حزم الظاهري: «إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقّه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقّها، فلها أن تفتدي منه. ولا يحلّ الافتداء إلّا بأحد الوجهين المذكورين أو اجتماعهما»[٩٦٨٩].

٧٨٣٩ ـ **ثالثاً: عند الشافعية:**

جاء في «المهذب» للشيرازي في فقه الشافعية: «إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة، وخافت أن لا تؤدي حقّه، جاز أن تخالعه على عوض؛ لقوله عز وجل: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾»[٩٦٩٠].

٧٨٤٠ ـ **رابعاً: عند الحنفية:**

جاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله، فلا بأس أن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى؛ ﴿**فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾[٩٦٩١]. وعبارة (فلا بأس أن تفتدي) تعني إباحة الفداء أي المخالعة[٩٦٩٢]. وفي «الدر المختار»: «ولا بأس به عند الحاجة للشقاق وبعدم الوفاق»[٩٦٩٣].

٧٨٤١ ـ **(ب): كراهة طلب الخلع من قبل الزوجة:**

ويكره للمرأة أن تطلب الخلع إذا كانت العلاقة بينها وبين زوجها جيدة، والعِشْرة حسنة ولا يوجد ما يدعو إلى طلب الخلع، وبهذا قال الحنابلة، فقد قال الإمام الخرقي الحنبلي: «ولو خالعته لغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع». وقال ابن قدامة تعليقاً على هذا القول: «والظاهر أنه أراد إذا خالعته لغير بغض وخشية من أن لا يقيما حُدُود الله؛ لأنه قال: كره لها، فدلَّ ذلك على أنه أراد مخالعتها له والحال عامرة والأخلاق ملئمة، فإنه يكره لها ذلك..»[٩٦٩٤].

(٩٦٨٩) «المحلى» ج١٠، ص٢٣٥.

(٩٦٩٠) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣.

(٩٦٩١) «الهداية» ج٣، ص١٩٩.

(٩٦٩٢) «فتح القدير» ج٣، ص١٩٩.

(٩٦٩٣) «الدر المختار» ج٣، ص٤٤١.

(٩٦٩٤) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص ٥٣-٥٤.

٧٨٤٢ ـ الشافعية لا يكرهون للزوجة طلب الخلع :

وخالف الشافعية في هذا الحالة التي ذكرها ابن قدامة وقال فيها: يكره للزوجة أن تطلب الخلع لما ذكره ابن قدامة، ووجه مخالفة الشافعية أنهم جعلوا طلب الزوجة المخالعة، طلباً مباحاً لا كراهة فيه، فقد قال الإمام الشيرازي في «المهذب» في فقه الشافعية: «وإن لم تكره منه شيئاً وتراضيا على الخلع من غير سبب، جاز لقوله عزّ وجلّ: **﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسَاً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾**؛ ولأنه ـ أي الخلع ـ رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر، فجاز من غير ضرر، كالإقالة في البيع»[٩٦٩٥].

٧٨٤٣ ـ والراجح قول الحنابلة، فالكراهة ثابتة في طلب الزوجة الخلع إذا لم يكن هناك ما يدعو لطلبها من بغض منها له، أو من سوء معاشرته لها، أو من خشية أن لا يقيما حدود الله، وهذا شرط ذكره الكتاب العزيز، فلا ينبغي تجاوزه وعدم اعتباره، وأقل مراتب اعتباره ثبوت الكراهة بفواته.

٧٨٤٤ ـ (جـ) : تحريم طلب الخلع من قبل الزوجة :

قال ابن قدامة الحنبلي: «إذا كانت الحال بين الزوجين جيدة والأخلاق ملئمة فإنه يكره لها ـ أي للزوجة ـ طلب الخلع». ثم قال ابن قدامة: «ويحتمل كلام أحمد تحريمه فإنه قال: الخلع مثل حديث سهلة: تكره الرجل وتعطيه المهر، فهذا الخلع»[٩٦٩٦]. وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحاً إلّا في هذه الحال، وهي حالة كراهة الزوجة لزوجها، وفي غير هذه الحالة يكون الخلع محظوراً. وهذا قول ابن المنذر وداود، وقال ابن المنذر: وروي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لأن الله تعالى قال: **﴿ولاَ يحِلُّ لكُمْ أن تأخُذُوا ممَّا آتيتُمُوهُنَّ شيئاً إلَّا أنْ يخافَا ألَّا يُقيمَا حُدُودَ اللهِ، فإن خِفتُمْ ألَّا يُقِيما حُدُودَ اللهِ فلاَ جُناحَ علَيهِما فِيما افتدَتْ بِهِ﴾** فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف. ثم غلظ بالوعيد فقال تعالى: **﴿تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فلاَ تعْتَدُوها، ومَنْ يتَعدَّ حُدُودَ اللهِ فأُولئِكَ هُم الظَّالِمُونَ﴾** وروى ثوبان قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «أيما امرأةٍ سألَتْ زوجَها الطلاقَ في غيرِ ما بأسٍ، فحرامٌ عليها رائحةُ الجنّةِ». وعن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «المختلعاتُ والمنتزعاتُ هنَّ المنافقاتُ» رواه أبو حفص، ورواه أحمد في «المسند» وذكره محتجاً به، وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة؛ ولأنه إضرار بها وبزوجها، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة،

(٩٦٩٥) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣. (٩٦٩٦) «المغني» ج٧، ص٥٤.

فحرم لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضَررَ ولا ضِرارَ»[9697].

٧٨٤٥ - (د) : وجوب طلب الخلع من قبل الزوجة:

وهل يمكن أن يكون طلب الخلع من قبل الزوجة واجباً؟ وقبل أن أجيب على هذا السؤال أذكر قول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - فقد قال: «ويجب على الزوج أمْر زوجته بالصلاة، فإن لم تصل وجب عليه فراقها في الصحيح. وإذا دعيت إلى الصلاة وامتنعت انفسخ نكاحها في أحـد قولي العلماء، ولا ينفسخ في الآخر»[9698]. وقياساً على قول ابن تيمية يمكن أن يقال: إن الزوج إذا كان مصرّاً على ترك الصلاة بالرغم من تذكير زوجته له بلزوم قيامه بالصلاة كما فرضها الله، فإن في هذه الحالة يجب على الزوجة أن تطلب من الزوج أن يطلقها، فإن أبى وجب عليهـا أن تطلب الخلع على مال تبـذله له؛ لأنه السبيل إلى قطع الرابطة الزوجية بينهما، إذ ما ينبغي للمرأة المسلمة أن تكون زوجة لتارك الصلاة عمداً الذي اختلف العلماء في كفره. وهكذا الحكم فيما لو كان الزوج متلبساً باعتقاد أو فعل يخرجه من الإسلام ويجعله مرتداً، ولا تستطيع المرأة إثبات ذلك أمام القضاء ليحكم بالتفريق، أو تستطيع إثبات ذلك ولكن القاضي لا يحكم بردته ولا يحكم بوجوب التفريق، فعليها في هذه الحالة أن تطلب من هذا الزوج أن يخالعها ولو على مال تدفعه له؛ لأنه لا ينبغي للمسلمة أن تكون زوجة لمثل هذا الرجل المتلبس بما يكفر به اعتقاداً أو فعلاً.

٧٨٤٦ - (هـ) : استحباب طلب الخلع من قبل الزوجة:

ويكـون طلب الخلع من قبـل الزوجة مندوباً إليه ومستحباً إذا كان مفرّطاً في حقوق الله تعالى، فقد جاء في «غاية المنتهى» من فقه الحنابلة: «ويسن - أي الطلاق - لتضرر بالنكاح وبتركها نحو صلاة وعفة ولا يمكنه إجبارها. وعنه يجـب لتركها عفة ولتفريطها في حقوق الله. وله عضلها في هذه الحال والتضييق عليها لتفتدي منه. وهي كهو فيُسنّ أن تختلع إن ترك حقّاً لله تعالى»[9698]. فعبارته الأخيرة صريحة في استحباب طلبها الخلع إذا كان زوجها مقصّراً في حقوق الله تعالى، مثل تقصيره في العبادات التي افترضها عليه، ولكن أرجح بخصوص تعمد

(٩٦٩٧) «المغني» ج ، ص٥٤ آية ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا . . .﴾ في سورة البقرة ورقمها ٢٢٩، وحديث ثوبان أخرجه أبو داود في سننه ج٦ ص٣٠٨ وقوله (في غير بأس) أي لغير شدة تلجئها إلى سؤال المفارقة: «عون المعبـود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٣٠٨، وحـديث «لا ضَرر ولا ضِرار» رواه ابن ماجـه في سننـه والدارقطني ومالك في «الموطأ»: «متن الأربعين النووية» للإمام النووي، ذكر ذلك عند ذكره هذا الحديث.

(٩٦٩٨) «غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى» ج٣، ص١١٢.

الـزوج ترك الصـلاة وجوب طلب الخلع كما بيّنته في الفقرة السابقة، أما حقوق الله الأخرى كالعبادات المفروضة عليه كالصيام ونحوه، فإن تقصيره في أدائها بجعل طلب الزوجة الخلع مندوباً إليه أي مستحباً.

٧٨٤٧ ـ حكم طلب الخلع من قِبَل الزوج:

قد يكـون طلب الخلع من قبل الزوج مباحاً، سواء جاء طلبه ذلك منها صريحاً وبصورة مباشرة، أو كان بصورة غير مباشرة كالتضييق عليها. وقد يكون طلب الخلع محرّماً على الزوج بأن يكون بصورة غير مباشرة عن طريق التضييق عليها لحملها على الافتداء منه بشيء من المال تبذله له. ونوضح ما قلناه في الفقرات التالية:

٧٨٤٨ ـ إباحة طلب الخلع من قِبَل الزوج:

يبـاح للزوج أن يطلب من زوجته المخالعة معه على عوض تدفعه له إذا رأى منها نشوزاً ونحوه؛ لأن له أن يضيق عليها في هذه الحالة لتطلب الخلع منه، فجوازه بدون تضييق عليها أولى. وقـال الشـافعية: يجـوز الخلع ولـو بدون سبب، فقـد قال الفقيه الشيرازي صاحب «المهذب»: «وإن لم تكره منه شيئاً وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز؛ لقوله عزّ وجلّ: ﴿فإنْ طِبْنَ لكُمْ عنْ شيْءٍ مِنهُ نفْساً فكُلُوهُ هنِيئاً مرِيئاً﴾؛ ولأنه رفع عقد النكاح بالتراخي لرفع الضرر، فجاز من غير ضرر كالإقالة في البيع»[٩٦٩٩]. وواضح من هذه الكلام أن إباحة طلب الخلع تشمل طلبه من قبل الزوجة أو من قبل الزوج.

٧٨٤٩ ـ إباحة طلب المخالعة بالتضييق على الزوجة:

وإذا كان طلب المخالعة من قِبَل الزوج بصورة صريحة ومباشرة مباحاً للزوج إذا وجد السبب المبـرر للمخـالعة كنشوز الزوجة، كما قال الحنابلة، أو لأن طلب المخالعة مباح ولو بدون سبب كمـا يقـول الشـافعية، فإن طلب المخـالعـة من قِبَل الزوج بصورة غير مباشرة عن طريق التضييق عليهـا يعتبر مباحاً للزوج إذا كان هذا التضييق بوجه حقّ، وبهذا قال الحنابلة، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وإن فعل الزوج ذلك أي ما ذكر من المضارة بالزوجة بالضرب والتضييق والمنع من الحقوق؛ لزناها أو لنشوزها أو تركها فرضاً كصلاة أو صوم، فالخلع صحيح

(٩٦٩٩) «المهذب وشرحه المجموع» للشيرازي، ج١٦ ص٣.

لقوله تعالى: ﴿ولا تعضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبعضِ ما آتَيْتُمُوهُنَّ إلاّ أنْ يأتِينَ بِفاحشَةٍ مُبيِّنَةٍ﴾ وقيس الباقي عليها[٩٧٠٠].

٧٨٥٠ ـ تحريم المخالعة بالتضييق على الزوجة بغير وجه حقّ:

التضييق على الزوجة لحملها على طلب الخلع يعتبر طلباً غير مباشر من الزوج للخلع، فإن كان هذا التضييق بوجه حقّ فهو مباح كما بيّنا، وإن لم يكن بوجه حقّ فهو حرام على الزوج فعله. وبهذا صرَّح الحنابلة، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فأما إن عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك ظلماً؛ لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود. روي ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي، والنخعي والقاسم بن محمد وعروة، وعمرو بن شعيب والزهري. وبه قال مالك والثوري وقتادة»[٩٧٠١]. وقولهم «الخلع باطل» يقتضي تحريم التضييق على الزوجة بغير وجه حقّ لحملها على المخالعة؛ لأنه لو لم يكن محرماً لما كان الخلع باطلاً. وفي «غاية المنتهى» في فقه الحنابلة: «ويحرم ولا يصح إن عضلها بمنع حقّ، أو ضرب لتختلع»[٩٧٠٢].

٧٨٥١ ـ هل يستحب للزوج موافقة زوجته على المخالعة:

وإذا طلبت الزوجة المخالعة، فهل يستحب للزوج إجابة طلبها؟ والجواب: نعم يستحب له ذلك إذا رأى منها صدق الطلب وعزمها عليه؛ لأن طلبها في هذه الحالة يدل على كراهيتها له.

٧٨٥٢ ـ ولكن إذا كان له ميل قوي نحوها فلا يُطلَب منه إجابة طلبها على وجه الاستحباب، وإنما يستحب من الزوجة أن تصبر على زوجها وترضى بالمقام معه ولا تطلب الخلع، وإذا كانت قد طلبته أن تتركه ما دام زوجها يحبها كثيراً وله ميل قوي نحوها. إلا أن استحباب الصبر منها وعدم طلبها المخالعة لا يعني وجوب ذلك عليها، بل يبقى من المباح لها طلب المخالعة من زوجها، وبهذا كله صرّح الحنابلة فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ويُسنّ له إجابتها ـ أي إجابة طلب زوجته المخالعة ـ لحديث ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ـ ﷺ ـ، فقالت يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعيب عليه من دين ولا خُلُق، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال النبي ـ ﷺ ـ: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فأمرها بردها

(٩٧٠٠) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٧ والآية في سورة النساء ورقمها ١٩.

(٩٧٠١) «المغني» ج٧، ص ٥٤ـ٥٥.

(٩٧٠٢) «غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى» ج٣، ص١٠١.

وأمره بمفارقتها» رواه البخاري. إلّا أن يكون الزوج له إليها ميل ومحبة فيستحب صبرها وعدم افتدائها. قال أحمد ينبغي أن لا تختلع منه وأن تصبر. قال القاضي: قول أحمد: ينبغي لها أن تصبر على سبيل الاستحباب والاختيار ولم يرد بهذه الكراهة لأنه قد نصَّ على جوازه في غير موضع»[٩٧٠٣]. وفي «سنن البيهقي»: قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لرجل اخلع زوجتك لما رأى من كراهيتها له، وكانت قد نشزت منه»[٩٧٠٤]. فعند كراهية الزوجة لزوجها يستحب للزوج أن يجيب طلبها في المخالعة، أو بتقدم إليها هو بطلب المخالعة؛ لأن كراهيتها له لا سيما إذا كان مع بعضها له نشوزها وخروجها عن طاعته؛ لأن هذا التصرف منها بمنزلة طلبها الاختلاع منه، وإن كان بصورة غير مباشرة وغير صريحة.

٧٨٥٣ - حكمة تشريع الخلع:

وحكمة تشريع الخلع هي ما أشارت إليه الآية الكريمة: ﴿**ولا يحِلُّ لكُمْ أنْ تأخُذُوا ممَّا آتَيتُموهُنَّ شيئاً إلَّا أنْ يخَافا ألَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ، فإنْ خِفْتُمْ ألَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ، فلاَ جُنَاحَ عليهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ..**﴾[٩٧٠٥].

فتشريع الخلع هو للتوقي من تعدي حدود الله التي حدّها للزوجين من حسن المعاشرة، وقيام كل منهما بما عليه من حقوق للآخر، مع ملاحظة المماثلة في الحقوق وقيام الزوجة بما تستدعيه وتستلزمه قوامة الرجل على المرأة، وما يلزمها من قيام بأمور البيت وتربية الأولاد وعدم المضارة[٩٧٠٦]. وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «والخلع - أي شرع - لإزالة الضرر الذي يلحقها - أي يلحق الزوجة - بسوء العِشْرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه»[٩٧٠٧]. وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وفائدته تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها»[٩٧٠٨]. ويبدو مما جاء في «المغني» و«كشّاف القناع» أن تشريع الخلع كان لإزالة الضرر عن الزوجة بسبب بقاء النكاح بينها وبينه لبغضها له، أو لعدم قيامه بحقوقها. فكأن هذا الغرض هو المنظور إليه في تشريع الخلع وهو في المقام الأول من حكمة تشريع الخلع. أما مصلحة الزوج ودفع الضرر عنه، فهذا وإن كان منظوراً إليه في تشريع الخلع وأنه من حكمة هذا التشريع إلا أنه في المقام الثاني من هذه الحكمة؛ لأن الزوج يستطيع التخلص من ضرر بقاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة - أي بالطلاق - دون توقف على رضا وموافقة الزوجة.

(٩٧٠٣) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٠٦. (٩٧٠٤) «السنن الكبرى» للبيهقي، ج٧، ص٣١٥.

(٩٧٠٥) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٩٧٠٦) «تفسير المنار» للمرحوم رشيد رضا، ج٢، ص٣٨٨.

(٩٧٠٧) «المغني» ج٧، ص٥٢. (٩٧٠٨) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٦.

المبحث الثالث

التكييف الشرعي للخلع

٧٨٥٤ ـ تمهيد:

الخلع عادة يكون بمال تقدمه الزوجة إلى زوجها عوضاً عن موافقته على مفارقتها له بقطع الرابطة الزوجية بينهما. وقد يكون الخلع بدون مال تبذله الزوجة لزوجها، فيكون الواقع به طلاقاً باعتبار أن لفظ «الخلع» من ألفاظ الكنايات التي يقع بها الطلاق ـ كما سنوضح ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى ـ. وكلامنا في هذا المبحث على التكييف الشرعي للخلع الذي يكون فيه مال الذي هو بدل الخلع كما يسميه الفقهاء. وهذا ما نبيّنه في المذاهب المختلفة، وما يترتب على التكييف الشرعي للخلع الذي يذهب إليه فقهاء هذه المذاهب.

٧٨٥٥ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

جاء في «المبسوط» للإمام السرخسي في فقه الحنفية: «إن إيجاب الخلع من الزوج في المعنى تعليق الطلاق بشرط قبولها؛ لأن العوض الذي من جانبه في هذا العقد ـ عقد الخلع ـ طلاق وهو محتمل للتعليق بالشرط.. والذي من جانبها أي جانب الزوجة في الخلع التزام المال ـ أي بدل الخلع ـ، فيكون بمنزلة البيع والشراء»[٩٧٠٩].

وفي «الدّر المختار» في فقه الحنفية: «هو ـ أي الخلع ـ يمين في جانبه ـ أي جانب الزوج ـ؛ لأنه تعليق الطلاق بقبول المال، وفي جانبها ـ أي في جانب الزوجة ـ معاوضة»[٩٧١٠].

وفي «فتح القدير» في فقه الحنفية: «وصفته ـ أي الخلع ـ أنه يمين من جانب الزوج، معاوضة من جانبها. فتراعى أحكام اليمين من جانبه أو أحكام المعاوضة من جانبها عند أبي حنيفة. وعندهما هو يمين من الجانبين»[٩٧١١].

(٩٧٠٩) «المبسوط» ج٦، ص١٧٣.

(٩٧١٠) «الدر المختار» ج٣، ص٤٤٢.

(٩٧١١) «فتح القدير» ج٣، ص١٩٩.

٧٨٥٦ ـ ما يترتب على تكييف الحنفية:(٩٧١٢)

أولاً: إذا ابتدأ الزوج بالخلع، فلا يبطل إيجابه برجوعه عنه ولا بقيامه من المجلس قبل قبولها؛ لأن إيجابه يمين، ولا يجوز الرجوع عن اليمين لا صراحة ولا دلالة. ولكن يبطل إيجابه بقيام الزوجة من المجلس ـ مجلس العقد ـ قبل أن تقبل؛ لأن الخلع بالنسبة إليها عقد معاوضة والمعاوضات تبطل بتفرق العاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول.

٧٨٥٧ ـ ثانياً: يصح الإيجاب من الزوج في غيبتها بأن يقول: خالعت زوجتي فلانة على ألف دينار وهي غائبة، فإذا بلغها إيجابه فقبلت في مجلس علمها بإيجابه تم عقد الخلع، وإن قامت من مجلس علمها به قبل أن تقبل بطل الإيجاب، ولا ينعقد الخلع.

٧٨٥٨ ـ ثالثاً: يجوز للزوج أن يعلّق الخلع على شرط أو يضيفه إلى المستقبل؛ لأنه في حقّه يمين، واليمين يجوز فيها التعليق والإضافة كأن يقول: إن جاء أبي من سفره فقد خلعتك على ألف دينار. أو يقول: خلعتك على ألف دينار غداً. فيكون للزوجة القبول عند قدوم أبيه من سفره في مجلس علمها بقدومه، أو عند حلول الوقت الذي أضيف إليه الخلع وهو يوم غد. ولو قبلت قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الوقت المضاف إليه الخلع لم يعتبر قبولها.

٧٨٥٩ ـ رابعاً: لا يجوز للزوج أن يشترط في إيجابه الخيار لنفسه؛ لأن الإيجاب منه يمين، ولا يجوز الاشتراط في الأيمان. ولكن يجوز أن يشترط لها الخيار، أو تشترط هي لنفسها الخيار. وعلى هذا، إذا قال: خلعتك على ألف دينار ولي الخيار ثلاثة أيام، لغا الشرط وصح إيجابه بدون شرط الخيار. ولو قال لها: خلعتك على ألف دينار ولك الخيار ثلاثة أيام فقبلت على هذا الشرط، صحَّ ذلك وهي في الخيار فإن شاءت قبلت، وإن شاءت رفضت خلال مدة الخيار؛ لأن الخلع في جانبها معاوضة، واشتراط الخيار في المعاوضات يجوز.

٧٨٦٠ ـ خامساً: إذا كانت الزوجة هي التي صدر منها الإيجاب، كان لها أن ترجع عن إيجابها قبل قبوله، كما أن إيجابها يبطل إذا قامت من مجلسها قبل قبوله، ويبطل إيجابها أيضاً بقيامه هو عن المجلس قبل قبوله؛ لأن صدور الإيجاب منها يعتبر مشروعاً في عقد معاوضة، والقيام من المجلس من أحد العاقدين قبل تمام العقد يعتبر إعراضاً عن الإيجاب، فيكون مبطلاً له.

(٩٧١٢) «المبسوط» ج٦، ص١٧٣، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص ٢١٣-٢١٤، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٤٢.

٧٨٦١ ـ سادساً: لا يصح الإيجاب من الزوجة معلقاً على شرط أو مضافاً إلى المستقبل؛ لأنـه في حقّها معاوضة، والمعاوضة لا تقبل التعليق ولا الإضافة. ولكن يجوز لها أن تشترط لنفسها الخيار كما أشرنا قبل قليل، وهذا عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصح شرط الخيار، فيلغو بالنسبة للزوجة كما يلغو بالنسبة للزوج، فيعقد الخلع ويصح ويلغو شرط الخيار فيه، سواء كان للزوج أو للزوجة؛ وحجتهما أن شرط الخيار إنما هو لفسخ العقد بعد انعقاده، وليس لمنع العقد من الانعقاد. وعلى هذا، فشرط الخيار في عقد الخلع لا يمنع من انعقاد عقد الخلع، وإذا انعقد ترتب أثره عليه وهو وقوع الفرقة ولزوم المال. والحجة لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن الخلع في حقّها معاوضة، وشرط الخيار في المعاوضة جائز؛ ولهذا صحّ رجوعها عن إيجابها قبل قبوله، وإذا صحّ شرط الخيار لها توقف حصول أثر عقد الخلع على قبولها مدة الخيار، فإن قبلت ترتب أثر عقد الخلع، وإن رفضت لم يترتب هذا الأثر.

٧٨٦٢ ـ سابعاً: ولكون الخلع في حقّ الزوجة معاوضة اشترط فيها: أن تكون راضية غير مكرهة على إجراء عقد الخلع. ولكون الخلع معاوضة فيها شبه بالتبرع اشترط في الزوجة أهلية التبرع[٩٧١٣]. أما الزوج فيشترط فيه أهلية إيقاع الطلاق؛ لأن الخلع في حقه تعليق للطلاق على قبول الزوجة ببذل العوض، فمن صحّ طلاقه صح خلعه.

ثانياً: مذهب الشافعية:

٧٨٦٣ ـ أولاً: تكييف الخلع بالنسبة للزوج:

أ ـ تكييف الخلع بصيغة معاوضة:

إذا بدأ الزوج الخلع بصيغة معاوضة كقوله: خالعتك بكذا، فهو معاوضة فيها شوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول الزوجة بدل المال، وهذا كله إذا اعتبر أنَّ الخلع طلاق، وهو الراجح عند الشافعية. وأما إذا اعتبر الخلع فسخاً ـ وهو القول الثاني عند الشافعية ـ فيعتبر الخلع معاوضة محضة في حقّه، كما هو معاوضة في حقها. جاء في «مغني المحتاج»: «وإذا بدأ الزوج بصيغـة معـاوضة: كطلقتك، أو خالعتك بكذا كألف فقبلت الزوجة، وقلنا الخلع طلاق وهو الراجح، فهو معاوضة لأخذه عوضاً في مقابلة ما يخرجه عن ملكه، فيها شوب تعليق لتوقف وقوع

(٩٧١٣) الخلع ليس معاوضة مالية صرفاً؛ لأن الزوجة تبذل المال فيما لا يعتبر مالاً وهو طلاقها منه. ولهذا يقال عن هذه المعاوضة في جانبها: إنها معاوضة فيها شبه تبرع.

الطلاق فيه على قبول المال. أما إذا قلنا إن الخلع فسخ، فهو معاوضة محضة من الجانبين إذ لا مدخل للتعليق فيها، بل هو كابتداء البيع»[٩٧١٤].

٧٨٦٤ ـ ما يترتب على تكييف الخلع بصيغة معاوضة:

وبناء على تكييف الخلع الصادر عن الزوج بصيغة معاوضة، فإنه يجوز للزوج أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الزوجة؛ لأن هذا شأن المعاوضات ويشترط لصحة قبولها ـ أي قبول الزوجة المختلعة ـ أن يكون في مجلس الإيجاب غير منفصل عنه بكلام أجنبي أو زمن طويل كما في سائر عقود المعاوضات، فتقول الزوجة: قبلت، أو اختلعت أو نحو ذلك. ويشترط أن يكون القبول على وفق الإيجاب كما هو الحكم في عقود المعاوضات، فلو اختلف إيجاب وقبول كقول الزوج: خلعتك بألف فقبلت بألفين وعكسه، كخلعتك بألفين فقبلت بألف لم يصح الخلع للمخالفة بين الإيجاب والقبول، وكذا لو قال لها: طلقتك ثلاثاً بألف. فقالت قبلت واحدة بثلث ألف لم يقع الطلاق للمخالفة. ولكن لو قال لها طلقتك ثلاثاً بألف فقبلت واحدة بألف فالأصح وقوع الثلاث، والأصح أيضاً وجوب الألف، وعلّلوا هذا الحكم بأن الزوج مستقل بإيقاع الطلاق، وإنما يعتبر قبول الزوجة بسبب المال، أي يعتبر قبولها لبذل المال، فإذا قبلت بذل المال اعتبر في الطلاق جانب الزوج، فتقع الثلاث لأنه يملك إيقاعها. وهناك قول ثان عند الشافعية: إنه تقع طلقة واحدة بألف نظراً إلى قبولها. وهناك قول ثالث عندهم: لا يقع شيء لا طلقة واحدة ولا ثلاث؛ لاختلاف الإيجاب والقبول[٩٧١٥].

٧٨٦٥ ـ ب ـ تكييف الخلع بصيغة تعليق وما يترتب عليه:

وإن بدأ الزوج بالخلع بصيغة **تعليق** في الإثبات كقوله: متى، أو متى ما، أو أي حين، أو أي زمان أو وقت، أعطيتِني كذا فأنتِ طالق، فهذا **تعليق** محض من جانبه ولا نظر فيه إلى شبهة المعاوضة؛ لأنه من صرائح ألفاظ التعليق، فيقع الطلاق عند تحقق الشرط كسائر التعليقات وحينئذ، فلا رجوع له قبل الإعطاء كالتعليق الخالي من العوض في نحو: إن دخلت الدار فأنتِ طالق. ولا يشترط في هذه الصيغة القبول من الزوجة لفظاً؛ لأن الصيغة لا تقتضيه، ولا يشترط الإعطاء فوراً في المجلس أي مجلس الإيجاب[٩٧١٦].

(٩٧١٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٩، ومثله في «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٩٩.

(٩٧١٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٩، «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٩٩.

(٩٧١٦) «متن المنهاج وشرحه مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٩.

٧٨٦٦ ـ من صيغ تعليق الخلع:

وإن قال: (إن) أو (إذا) أعطيتِني كذا فأنتِ طالق فكذلك يعتبر قوله تعليقاً للطلاق لا رجوع له فيه قبل الإعطاء، ولا يشترط القبول لفظاً، ولكن يشترط الإعطاء فوراً، جاء في «المنهاج» للنووي: «وإن قال: (إن) أو (إذا) أعطيتِني كذا، فكذلك لكن يشترط الإعطاء على الفور»[٩٧١٧]. وتعليل فورية إعطاء المال ـ أي عوض الطلاق ـ أن «ذكر العوض قرينة تقتضي التعجيل إذ الأعواض تتعجل في المعاوضات. وتركت هذه القرينة في نحو: (متى) لصرامتها في التأخير»[٩٧١٨].

٧٨٦٧ ـ ثانياً: تكييف الخلع بالنسبة للزوجة:

قال الشافعية: إن بدأت الزوجة بطلب الخلع ـ أي الطلاق على عوض ـ، سواء أكان طلبها بصيغة التعليق نحو: (إن) أو (متى) طلقتَني فلكَ عليَّ كذا. أو قالت: (طلّقني على كذا) فأجابها الزوج إلى ما طلبت، فهذا يعتبر من جانبها معاوضة فيها شوب جعالة؛ لأنها تبذل المال في مقابل تحقيق مقصودها وهو الطلاق الذي يستقل الزوج بإيقاعه.

٧٨٦٨ ـ ما يترتب على هذا التكييف:

ويترتب على هذا التكييف في حقّها أن لها الرجوع قبل جوابه؛ لأن هذا هو حكم المعاوضات والجعالات جميعاً. ويجب أن يكون جوابه في مجلس إيجابها فور طلبها بأية صيغة قدمت طلبها ـ أي سواء كان طلبها بصيغة التنجيز أو التعليق ـ تغليباً لمعنى المعاوضة من جانبها. وبناء على هذا، إذا أجاب الزوج إلى ما طلبت، ولكن لا على الفور وإنما على التراخي، اعتبر ذلك منه ابتداء طلاق لا جواباً إلى طلبها، فيقع الطلاق حينئذ رجعياً لا يستحق به العوض[٩٧١٩]. ولكن لو صرحت في إيجابها بما يفيد التراخي صحَّ ذلك، وبالتالي لا يشترط الجواب على الفور، كما لا يشترط التطابق بين القبول والإيجاب لشائبة الجعالة في معاوضتها. قال الفقيه الرملي الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ: «والأوجه عدم اشتراط الفور إن صرحت، أي الزوجة، بالتراخي. ولا يشترط هنا توافق ـ أي توافق بين الإيجاب والقبول ـ نظراً لشائبة الجعالة، فلو قالت: طلِّقني بألف فطلّقها بخمسمائة وقع بها»[٩٧٢٠].

(٩٧١٧) «متن المنهاج وشرحه مغني المحتاج» للنووي، ج٣، ص ٣٩٩-٤٠٠.

(٩٧١٨) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٤٠٠.

(٩٧١٩) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٤٠٠.

(٩٧٢٠) «نهاية المحتاج» للرملي، ج٦، ص٤٠١.

ثالثاً: مذهب الحنابلة:

٧٨٦٩ ـ تكييف الخلع بالنسبة للزوجة وما يترتب عليه:

جاء في «غاية المنتهى» في فقه الحنابلة: «قالت: اخلعْنِي بألف أو إنْ خلعتني فلكَ ألف. فقال: طلّقتُكِ، أو خالعتُكِ، بانت واستحقه من غالب نقد البلد، إن أجابها على الفور، ولها الرجوع قبل إجابته»[٩٧٢١]. فالخلع في حقّ الزوجة معاوضة فتطبق أحكام المعاوضة في حقّها: ومنها أن لها حقّ الرجوع عن إيجابها، وقبل صدور الجواب عن الزوج.

٧٨٧٠ ـ تكييف الخلع بالنسبة للزوج وما يترتب عليه:

جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يصحّ تعليقه، أي الخلع، على شرط كالبيع، فلو قال لزوجته إن بذلتِ لي كذا فقد خلعتُكِ، لم يصح الخلع ولو بذلت له ما سماه كسائر المعاوضات اللازمة»[٩٧٢٢]. ومعنى هذا أن الخلع في حقّ الزوج معاوضة فتطبق عليه أحكام المعاوضات، ومنها عدم صحة تعليقه على شرط.

٧٨٧١ ـ وجاء في «غاية المنتهى»: «(إن) أو (إذا) أو (متى) أعطيتِني ألف درهم فأنتِ طالق. لزم من جهته، فأي وقت أعطته على صفة يمكنه القبض دراهم توازن ألفاً بانت وملكه»[٩٧٢٣] ومعنى ذلك أن الخلع بالنسبة للزوج تعليق، فينطبق عليه ما ينطبق على التصرفات المعلقة على شرط، ومن ذلك صحة تعليق الخلع على شرط.

٧٨٧٢ ـ وجاء في «الإنصاف»: «وإن قال: إن أعطيتِني ألفاً فأنتِ طالق فأي وقت أعطته طلقت. والمذهب أن الشرط لازم من جهته لا يصح إبطاله. وقال الشيخ ـ أي ابن تيمية ـ ليس بلازم من جهته»[٩٧٢٤]. ومعنى ذلك أن الخلع تعليق في حقّ الزوج. ولكن جاء في «الإنصاف» أيضاً: «ولا يصح تعليقه بقوله: إن بذلتِ لي كذا فقد خلعتُكِ»[٩٧٢٥].

٧٨٧٣ ـ والظاهر أن للحنابلة قولين في تكييف الخلع بالنسبة للزوج: **(القول الأول)**: أنه معاوضة كما هو صريح قول «كشّاف القناع»، وما جاء في «الإنصاف» من عدم صحة تعليق

(٩٧٢١) «غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى» ج٣، ص١٠٧.

(٩٧٢٢) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٩.

(٩٧٢٣) «غاية المنتهى» ج٣، ص ١٠٦-١٠٧.

(٩٧٢٤) «مختصر الإنصاف والشرح الكبير» ص٤٥٠.

(٩٧٢٥) «مختصر الإنصاف والشرح الكبير» ص٤٥١.

الخلع. (والقول الثاني): أنه تعليق، ولذلك صح تعليقه على شرط كما جاء في «غاية المنتهى»، وفي «الإنصاف».

رابعاً: مذهب المالكية:

٧٨٧٤ ـ الخلع معاوضة:

جاء في «الشرح الصغير» للدردير: «يجوز الخلع، وهو الطلاق بعوض»، وقال الصاوي تعليقاً على هذا القول: «قوله: وهو الطلاق بعوض» يفهم من قوله: «بعوض» أنه معاوضة، فلا يحتاج لحوز كالعطايا، فلو أحال عليها الزوج ـ أي بما بذلته له من عوض ـ فماتت أو فلست أخذ من تركتها واتُّبِعتْ به»[9726].

٧٨٧٥ ـ ما يترتب على تكييف الخلع معاوضة:

وإذا كان الخلع معاوضة على ما استظهره وفهمه الصاوي المالكي فإن أحكام المعاوضات تطبق على عقد الخلع، فيجوز للموجب فيه من الزوجين أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر. وأن القبول يجب أن يكون في مجلس الإيجاب دون فاصل كلامي أو زمني طويل، وإن الإيجاب يبطل بالرفض الصريح أو بالرفض دلالة بالإعراض عنه أو بالقيام من مجلس الإيجاب قبل القبول، وإنه يجب أن يطابق القبول الإيجاب، وإنه لا يقبل التعلق إلى غير ذلك من أحكام، وإن لم يصرح فقهاء المالكية بذلك ـ أو في الأقل لم أقف على تصريح لهم بذلك ـ؛ لأن مقتضى اعتبار الخلع معاوضة ثبوت أحكام المعاوضات على عقد الخلع، ومن هذه الأحكام ما ذكرناه.

(٩٧٢٦) «الشرح الصغير وحاشية الصاوي» للدردير، ج١، ص٤٤١، ومثله أو قريب منه ما جاء في «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» للدردير، ج١، ص٣٤٧.

المبحث الرابع
أركان الخلع

٧٨٧٦ ـ تمهيد:

الخلع تصرف شرعي من قبل الزوجين بصيغة معينة تترتب عليه الفرقة بينهما نظير المال الذي التزمت الزوجة بدفعه إلى الزوج، وهو المعروف ببدل الخلع أو بعوض الخلع أو بالعوض. ومن هنا يتبيّن أن أركان الخلع التي لا يوجد بدونها هي: الزوجان ويسميان المخالع والمختلعة. وصيغة الخلع والعوض، فأركانه أربعة، ولكن الشافعية جعلوا الأركان خمسة بإضافتهم ملتزم العوض، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وأركان الخلع خمسة: ملتزم العوض، وبُضع ـ كناية عن الزوجة ـ وعوض، وصيغة، وزوج»[٩٧٢٧]. وبعض الفقهاء لا يعتبر (العوض) من أركان الخلع ـ كما سنبيّن فيما بعد ـ.

٧٨٧٧ ـ منهج البحث:

والمختار لغرض تقسيم هذا المبحث، نعتبر أركان الخلع أربعة أركان، ونجعل لكل ركن مطلباً على حدة، وعلى هذا، نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: المخالع «الزوج».

المطلب الثاني: المختلعة «الزوجة».

المطلب الثالث: الصيغة «صيغة الخلع».

المطلب الرابع: العوض «عوض الخلع».

(٩٧٢٧) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٧٣.

المطلب الأول

المخالع «الزوج»

٧٨٧٨ ـ المخالع أو الخالع:

المخالع ويسمى أيضاً الخالع، هو الزوج فهو طرف في عقد الخلع مع زوجته التي هي الطرف الثاني في هذا العقد. وإنما يكون الزوج طرفاً في عقد الخلع إذا توافرت فيه شروط معينة تمكنه من إجراء عقداء الخلع، فما هي هذه الشروط؟

٧٨٧٩ ـ من جاز طلاقه جاز خلعه:

والقول الجامع في شروط المخالع أن يقال: (من جاز طلاقه جاز خلعه)؛ لأن من جاز طلاقه، والطلاق يوقعه الزوج بدون عوض، كان خلعه بعوض أولى بالجواز. ومن أقوالهم فيمن يجوز خلعه في ضوء هذه القاعدة ما يأتي:

٧٨٨٠ ـ أقوال الفقهاء في شروط الخالع:

أ: جاء في فقه الحنابلة: «ويصح الخلع ويلزم ممن يقع طلاقه»[٩٧٢٨].

ب: وجاء في فقه الحنفية: «وشرطه ـ أي الخلع ـ كالطلاق وهو أهلية الزوج وكون المرأة محلاً للطلاق»[٩٧٢٩].

جـ: وجاء في فقه الشافعية: «وشرطه ـ أي الخلع ـ زوج يصح طلاقه»[٩٧٣٠].

وجاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية تعليقاً على هذا القول: «أي ركنه زوج ينفذ طلاقه، يعني أن يكون الزوج يصح طلاقه: بأن يكون بالغاً، عاقلاً، مختاراً؛ وذلك لأن الخلع طلاق، فلا يصح من صبي ولا مجنون، ولا مكره كطلاقهم»[٩٧٣١].

د: وفي فقه المالكية: «وموجبه أي طلاق الخلع ـ أي موقعه ومثبته ـ زوج مكلف، أو وكيله لا صبي ولا مجنون»[٩٧٣٢].

(٩٧٢٨) «غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى» ج٣، ص١٠١.

(٩٧٢٩) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٤١.

(٩٧٣٠) «المنهاج مع شرحه مغني المحتاج» للنووي، ج٣، ص٢٦٣.

(٩٧٣١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٣.

(٩٧٣٢) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٥٢.

هـ : وفي فقه الزيدية: «إنما يصح الخلع بشروط: **(الأول)** أن يقع من زوج مكلّف مختار أو نائبه. (وقولنا) مكلّف احترازاً من الصبي والمجنون فإنهما لا يصح خلعهما»[9733].

٧٨٨١ - خُلع السفيه:

السفيه يصح طلاقه فيصح خلعه حسب القاعدة التي ذكرناها، وقد ذكرنا من قبل أقوال الفقهاء في صحة طلاق السفيه[9734]. ويُسلَّم بدل الخلع إلى وليّه فقد جاء في «متن المنهاج» للنووي في فقه الشافعية: «فلو خالع عبد أو محجور عليه بسفه صحّ، ووجب دفع العوض إلى مولاه ووليّه»[9735]. وكذلك قال المالكية، ولكن لم يشترط بعضهم تسليم بدل الخلع إلى وليّ السفيه، فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير «وحاشية الدسوقي» في فقه المالكية: «وموجبه أي موقع طلاق الخلع: زوج مكلّف ولو كان سفيهاً؛ لأن له أن يطلق بغير عوض فبه أولى. ولا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه، بل لوليّه. وقال ابن عرفة ظاهر كلام بعض الموثقين كابن فتحون والمتيطي براءة ذمة المختلع بتسليم المال للسفيه دون وليّه»[9736].

٧٨٨٢ - خلع المريض مرض الموت:

خلع المريض مرض الموت صحيح؛ لأنه لو طلق في مرض موته بغير عوض لصح طلاقه، فلئن يصحّ بعوض أولى بالجواز والصحة. ولكن الفقهاء يختلفون في مدى حقّ الزوجة المختلعة في الإرث من زوجها إذا مات بعد إجراء المخالعة معها، ونوجز أقوال الفقهاء في هذه المسألة فيما يأتي:

٧٨٨٣ - أولاً: مذهب الحنفية:

إذا اختلعت الزوجة وهي صحيحة والزوج مريض مرض الموت، فالخلع جائز بما سمياه من بدل الخلع وتراضيا عليه قليلاً كان هذا البدل أو كثيراً؛ لأن الزوج لو طلّقها بغير عوض كان طلاقه صحيحاً فبالعوض أولى. ولا ميراث لها منه؛ لأن الفرقة وقعت بقبولها ورضاها، فكأنه طلّقها بسؤالها وطلبها منه أن يطلّقها[9737].

(٩٧٣٣) «شرح الأزهار في فقه الزيدية» ج٣، ص٤٣٣.

(٩٧٣٤) الفقرة ٧٩٥٨.

(٩٧٣٥) «متن المنهاج وشرحه مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٣.

(٩٧٣٦) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» للدردير، ج٢، ص٣٥٢.

(٩٧٣٧) «المبسوط» ج٦، ص١٩٣.

٧٨٨٤ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

قالوا: يصح خلع المريض مرض الموت بدون مهر المثل؛ لأن الزوجة لا تنتقل إلى الورثة بموته[٩٧٣٨] أي أن الزوجة لا ترث من زوجها المخالع لوقوع البينونة بينهما، أما الخلع فصحيح ولو كان بدل الخلع أقل من مهر مثلها[٩٧٣٨].

٧٨٨٥ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

جاء في الشرح الكبير للدردير في فقه المالكية: «ونفذ خلع الزوج المريض مرضاً مخوفاً ومن في حكمه كحاضر صف القتال ومحبوس لقتل. وأشار بقوله (ونفذ) إلى أن الإقدام على الخلع لا يجوز ديانة لما فيه من إخراج وإرث. وورثت زوجته المطلقة في المرض إن مات من مرضه المخوف الذي خالعها فيه ولو خرجت من العدة وتزوجت غيره»[٩٧٣٩]. وجاء في «الشرح الصغير» للدردير: «ونفذ خلع المريض مرضاً مخوفاً، وهو ما الشأن فيه أن يكون سبباً في الموت لا نحو رمد أو خفيف صداع. وأشار بقوله (ونفذ) إلى أنه لا يجوز ابتداء لما فيه من إخراج وإرث. وترثه زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه ولو خرجت من العدة وتزوجت بغيره (دونها)، أي فلا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله ولو كان مريضة حال الخلع أيضاً؛ لأنه هو الذي أسقط ما كان يستحقه»[٩٧٤٠].

وجاء في «حاشية الصاوي» تعليقاً على عبارة: (وترثه زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه..) أي على المشهور ومقابله ما روي عن مالك من عدم إرثها لانتفاء التهمة لكونها طالبة الطلاق»[٩٧٤١]. وهذا القول المقابل للمشهور وهو المروي عن مالك بأنها لا ترثه هو القول الذي نرجحه للتعليل الوارد فيه وهي كونها طالبة للطلاق.

٧٨٨٦ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة:

قالوا يصح خلع المريض مرض الموت بما قلّ أو كثر من بدل، ولا يعتبر ما خالعها به من الثلث؛ لأنه لو طلّقها بغير عوض لصح طلاقه فلأن يصح بعوض أولى. فإن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صحَّ؛ لأنه لا تهمة في أنه طلّقها ليعطيها ذلك فإنه لو لم يطلّقها عن طريق

(٩٧٣٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص ٢٦٥.

(٩٧٣٩) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص ٣٥٢-٣٥٣.

(٩٧٤٠) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٤.

(٩٧٤١) «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٤.

المخالعة لأخذت ما أوصى لها به عن طريق الميراث. وإن أوصى لها بزيادة على ميراثها فللورثة منع الزائد عنها؛ لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها، وحيث لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي زوجة فطلّقها عن طريق الخلع ليوصل ذلك إليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث[٩٧٤٢].

٧٨٨٧ - تعقيب على قول الحنابلة:

ولكن إذا كان من حق الورثة منع الزائد على ميراثها الذي أوصى لها به، بسبب اتهامه في أنه خالعها لتكون أجنبية منه وبالتالي تصح الوصية لها بأكثر من ميراثها، أقول: إذا كان هذا التوجيه مقبولاً، فإن الأولى قبولاً أن يقال ينظر إلى بدل الخلع الذي بذلته له وينقص مقدار هذا البدل من الموصى به لها فالباقي إن كان أكثر من ميراثها منه لو لم تخالعه، هو الذي يسترد منها، أما إذا كان الباقي أقل من ميراثها منه لو لم تخالعه، فلا سبيل إلى استرداد شيء منه للورثة وهذا - كما يبدو لي - هو مقتضى العدل والتسوية بين الخالع والمختلعة.

٧٨٨٨ - خلع الصغير والمجنون:

لا يصح خلع الصغير والمجنون؛ لأنه لا يصح طلاقهما. ولكن هل يصح أن يخالع عنهما وليّهما؟ اختلاف بين الفقهاء، نذكر بعض أقوالهم في هذه المسألة:

٧٨٨٩ - أولاً: من فقه الحنفية:

جاء في «المبسوط» للسرخسي: «وخلع الصبي وطلاقه باطل، وكذلك فعل أبيه عليه من الطلاق باطل؛ لأن الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ولتحقق الحاجة إليه، وذلك لا يتحقق في الطلاق»[٩٧٤٣].

٧٨٩٠ - ثانياً: من فقه الشافعية:

جاء في «المهذب» للشيرازي: «ولا يجوز للأب أن يطلّق امرأة الابن الصغير بعوض وغير عوض؛ لما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «إنما الطلاق بيد الذي يحلّ له الفرج»؛ ولأن طريقه الشهوة، فلم يدخل في الولاية»[٩٧٤٤].

٧٨٩١ - ثالثاً: من فقه المالكية:

جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «وموجبه، أي طلاق الخلع، أي موقعه: زوج مكلّف لا

(٩٧٤٢) «المغني» ج٧، ص٨٩.

(٩٧٤٣) «المبسوط» للسرخسي، ج٦، ص١٧٨.

(٩٧٤٤) «المهذب وشرح المجموع» ج١٦، ص٩.

صبي ولا مجنون. أو موجبه ولي صغير حرّ أو عبد أو وليّ مجنون سواء كان الوليّ أباً أو سيّداً أو غيرهما كوصي وحاكم إذا كان الخلع لمن ذكر على وجه النظر»(٩٧٤٥).

٧٨٩٢ ـ رابعاً: من فقه الحنابلة:

وجاء في «المغني»: «وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابن الصغير وخلعه إياه، وسأله أبو الصغير عن ذلك فقال: قد اختلف فيه، وكأنه رآه. قال أبو بكر: لم يبلغني في هذه المسألة إلا ما رواه أبو الصغير، فيخرج على قولين:

(أحدهما): يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة؛ لأن ابن عمر طلّق على ابن له معتوه. رواه الإمام أحمد، ولأنه يصح أن يزوّجه فيصح أن يطلّق عليه إذا لم يكن متهماً.

(ثانيهما): لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة والشافعي لقول النبي ـ ﷺ ـ: «الطلاق لمن أخذ بالساق» رواه ابن ماجه. وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: «إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج» ولأنه طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية»(٩٧٤٦).

٧٨٩٣ ـ خامساً: من فقه الجعفرية:

جاء في «شرائع الإسلام»: «ولو خالع وليُّ الطفل بعوض صحَّ. ويبطل مع القول بكونه طلاقاً»(٩٧٤٧).

٧٨٩٤ ـ الراجح من الأقوال:

والراجح من هذه الأقوال كما يبدو لي جواز خلع ولي الصغير أو المجنون إذا رأى المصلحة في ذلك، والمسألة ترجع إلى تقدير الولي. إلا أنَّ جواز ذلك للولي على وجه المصلحة هو جواز ضيق لا ينبغي الأخذ به إلّا إذا كانت المصلحة في حكم المؤكدة للصغير أو المجنون، كما لو كانت المرأة لا تطيق البقاء مع المجنون أو كانت زوجة الصغير صالحة للوطء، والصغير لا يزال دون سن التمييز، ويخشى على زوجته الفتنة إن بقيت تنتظر بلوغه، وبشرط أن لا يتحمل الصغير أو المجنون شيئاً، أي: أن لا يقل بدل الخلع عن مبلغ المهر.

(٩٧٤٥) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٥٢.

(٩٧٤٦) «المغني» ج٧، ص ٨٧ـ٨٨.

(٩٧٤٧) «شرائع الإسلام» للحلي، ج٣، ص٥٣.

المطلب الثاني
الزوجة (المختلعة)

٧٨٩٥ - تمهيد:

الزوجة، عادة وغالباً، هي التي تخالع عن نفسها سواء كانت موجبة للخلع أو قابلة له، فتكون طَرَفاً في عقد الخلع، وهذا إذا كانت أهلاً لمباشرة المخالعة بنفسها، بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة أي أهلاً للتبرع، جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ويصح الخلع مع الزوجة البالغة الرشيدة»[٩٧٤٨].

ويحصل أحياناً أن يخالع عنها فضولي لا صفة له في إجراء الخلع، فهو أجنبي عنه تماماً، فهل يقع خلع هذا الأجنبي الفضولي عن الزوجة؟ ثم إنَّ الزوجة قد تكون صغيرة، أو كبيرة مجنونة، أو سفيهة، أو مريضة مرض الموت، فهل يصح منها الخلع وهي بهذه الصفة من الصغر أو الجنون أو السَّفه أو المرض؟ وإذا لم يصح منها ذلك فهل يجوز لوليها أن يخالع عنها؟ هذا ما نريد بيانه في هذا المطلب.

٧٨٩٦ - منهج البحث:

وبناء على ما تقدم نقسم هذا المطلب إلى فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: الزوجة تخالع بنفسها عن نفسها.
الفرع الثاني: مخالعة الأجنبي عن الزوجة.
الفرع الثالث: الزوجة صغيرة أو مجنونة أو سفيهة.
الفرع الرابع: الزوجة مريضة مرض الموت.

الفرع الأول
الزوجة تخالع بنفسها عن نفسها

٧٨٩٧ - ما يشترط في الزوجة المختلعة:

أولاً: أن تكون زوجة شرعاً:

والشرط في الزوجة المختلعة التي تجري عقد الخلع بنفسها أن تكون بالغة عاقلة رشيدة،

(٩٧٤٨) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٧.

أي أهلاً للتبرع. فالشرط إذن أن تكون (زوجة أهلاً للتبرع). وإنما تكون زوجة شرعاً، وبالتالي تملك حق المخالعة إذا كانت زوجة بموجب عقد نكاح صحيح شرعاً. وهذا شرط مفهوم ومعقول؛ لأن الغرض من الخلع هو خلاصها من قيد الزوجية، وهذا القيد إنما يكون في النكاح الصحيح حيث تكون زوجة شرعية، فلا تستطيع الانفكاك من رباط الزوجية إلا بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي بينهما عن طريق الخلع.

أما في النكاح الفاسد فلا حاجة فيه إلى الخلع؛ لأن المرأة فيه لا تعتبر زوجة شرعية، ولا طرفاً في رابطة زواج شرعية، يُحتاج لقطعها الطلاق أو المخالعة؛ لأنها رابطة يأمر الشرع بقطعها وفسخها وذهاب كل طرف إلى حال سبيله، فهي رابطة واجبة الانفصام بحكم الشرع ولا يملك فيها الرجل حق الحبس على المرأة، ولا حق الطلاق عليها، فلا حاجة إذن للمرأة أن تفتدي نفسها وتقطع الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

٧٨٩٨ ـ مخالعة المعتدة:

وإذا كان الشرط في المختلعة أن تكون زوجة في نكاح شرعي صحيح وهي أهل للتبرع وأنه لا خلاف في صحة هذا الخلع[٩٧٤٩]. فهل يشترط لإجرائه قيام الرابطة الزوجية فعلاً؟ أم يجوز إجراء المخالعة في عدة الزوجة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى؟ هذا ما نبيّنه في الفقرات التالية، أما المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فلا خلاف في عدم وقوع المخالعة معها، كما لا خلاف في وقوع الطلاق عليها.

٧٨٩٩ ـ مخالعة المعتدة من طلاق رجعي:

المعتدة من طلاق رجعي ما دامت في العدة تعتبر في حكم الزوجة حال قيام الزوجية؛ لأن الطلاق الرجعي لا يرفع الحل ولا الملك ـ ملك النكاح ـ وعلى هذا فما تبذله المرأة في هذه العدة هو عوض عن فكاكها عن رباط الزوجية، فتصح مخالعتها وبهذا صرح الفقهاء.

٧٩٠٠ ـ أقوال الفقهاء في مخالعة المعتدة من طلاق رجعي:

أولاً: جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «والرجعية ـ أي المطلقة في طلاق رجعي ولا تزال في عدَّتها ـ زوجة يلحقها طلاقه وظهاره، وإن خالعها صحَّ خلعه»[٩٧٥٠].

ثانياً: وفي «المبسوط» للسرخسي في فقه الحنفية: «وإنْ طلَّقها على جُعْلٍ بعد الطلاق

(٩٧٤٩) «بداية المجتهد» ج٢، ص ٥٦ـ٥٧.

(٩٧٥٠) «المغني» ج٧، ص٢٧٩.

الرجعي جاز ولزمها (الجعل)؛ لأن زوال الملك لا يحصل بهذا الطلاق؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك أي ملك النكاح». (٩٧٥١)

ثالثاً: وفي «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية: «إن خالعها في حال كونها مطلقة طلاقاً رجعياً لم تنتقض عدَّتها، صحَّ الخلع ولزمه طلقة أخرى بائنة؛ لأن الرجعية زوجة ما دامت في العدة».

رابعاً: وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ويصح اختلاع... ورجعية في الأظهر؛ لأنها في حكم الزوجات في كثير من الأحكام. والقول الثاني: لا يصح الاختلاع؛ لعدم الحاجة إلى الاقتداء لجريانها إلى البينونة»(٩٧٥٢).

خامساً: وفي «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «لا يصح من الزوج مخالعة المطلقة، ولو كان الطلاق رجعياً»(٩٧٥٣).

٧٩٠١ ـ أقوال الفقهاء في مخالعة المعتدة من طلاق بائن:

(أ): وجاء في «الدر المختار» في فقه الحنفية: «وكذا الطلاق على مال فيلحق الرجعي ويجب المال، والبائن ولا يلزم المال». وقال ابن عابدين تعليقاً وشرحاً لهذا القول: «أي إذا أبانها ثم طلَّقها في العدة على مال وقع الثاني (أي الطلاق الثاني وهو الطلاق على مال) ولا يلزمها المال؛ لأن إعطاءه لتحصيل الخلاص المنجز وأنه حاصل بخلاف ما قبله فإنه إذا طلَّقها رجعياً توقف الخلاص ـ أي خلاصها من قيد النكاح ـ على انقضاء العدة فإذا طلَّقها بعده بمال في العـدة لزم المال؛ لأنها بانت منه في الحال»(٩٧٥٤). أي إذا طلَّقها بمال في عدة الطلاق الرجعي، بانت منه بطلقة بائنة في الحال فيحصل لها الخلاص بهذا الطلاق فيلزمها المال.

(ب): وقال الشافعية: «ويصح اختلاعها رجعية في الأظهر لا بائن بخلع أو غيره، فلا يصح خلعها إذ لا يملك بضعها ـ أي نكاحها ـ حتى يزيله». وحكى الماوردي فيه إجماع الصحابة(٩٧٥٥).

(جـ): وفي «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية: «ورد المال الذي خالعها به أيضاً بكونها بائناً، أي بثبوت كونها وقت الخلع كانت مطلقة طلاقاً بائناً، إذ الخلع لم يصادف محلاً

(٩٧٥١) «المبسوط» للسرخسي، ج٦، ص ١٧٥-١٧٦.

(٩٧٥٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٥. (٩٧٥٣) «شرح الأزهار» ج٣، ص٤٣٠.

(٩٧٥٤) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٣٠٧. (٩٧٥٥) «الدر المحتاج» ج٣، ص٢٦٥.

حالة البينونة منه»[٩٧٥٦]. ويبدو لي أن الخلع وإن لم يقع مستوجباً بدل الخلع، إلّا أنه يقع به طلقة بائنة. و«هذا مفهوم من قولهم: «ورد المال الذي خالعها به أيضاً. . . إلخ» فهم قالوا بِرَدِّ بدل الخلع، ولم يقولوا ببطلان المخالعة كلها بما فيها من إيقاع الطلاق وبذل المال. وعلى هذا يكون قول المالكية مثل قول الحنفية: مخالعة المعتدة من طلاق بائن يقع بها طلقة بائنة دون وجوب بدل الخلع.

(د): وقال الإمام الخرقي الحنبلي: «ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق»[٩٧٥٧]. والواقع بالخلع عند الحنابلة على إحدى الروايتين: طلقة بائنة[٩٧٥٨]. ومعنى ذلك أن الخلع لا يصح مع المعتدة من طلاق بائن ولا يجب فيه بذل الخلع.

٧٩٠٢ ـ ثانياً: أن تكون الزوجة أهلاً للتبرع:

ويشترط في الزوجة المختلعة أن تكون أهلاً للتبرُّع. ووجه هذا الاشتراط أن الخلع في حق الزوجة يعتبر معاوضة فيه شائبة التبرع؛ لأنها تبذل بدل الخُلع فيما لا يعتبر مالاً، وهو خلاصها من قيد النكاح عن طريق الطلاق الذي يستقل به الزوج، وبناء على ذلك كان لا بد من تحقق أهلية التبرع تفي الزوجة المختلعة إذا كانت هي الملتزمة ببدل الخلع بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة.

قال ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله ـ: «وظاهر كلام الخرقي: أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر. وعن أحمد رواية أخرى: ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها وبه قال مالك»[٩٧٥٩].

وواضح من هذا القول أن لا خلاف في خلع الزوجة الرشيدة، وإنْ كانت هي الملتزمة ببذل بدل الخلع لزوجها؛ لأن المشترطين إذن الزوج لتبرعها يعتبر إذنه حاصلاً قطعاً، لأنه هو الذي يجري الخلع معها، وهو يأخذ بدل الخلع.

(٩٧٥٦) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٦.

(٩٧٥٧) «المغني» ج٧، ص٥٩.

(٩٧٥٨) «المغني» ج٧، ص٥٩.

(٩٧٥٩) «المغني» ج٤، ص٤٦٤.

٧٩٠٣ - هل في إجراء الخلع سُنَّة وبدعة:

في الطلاق سُنَّة وبدعة من جهة وقت إيقاعه وعدد طلقاته، ومن ثم كان فيه طلاق السُنَّة وطلاق البدعة بناء على وقت إيقاع الطلاق وعدد الطلقات التي يوقعها المُطَلِّق، فهل هناك خلع سُنِّيّ وخلع بدعي، فيكون بدعياً إذا وقع في حيض الزوجة المختلعة أو في طهرها الذي مسّها فيه، ويقع سنّياً إذا وقع في طهر لم يمسسها فيه.

٧٩٠٤ - اختلاف الفقهاء في وجود السُنَّة والبدعة في الخلع:

اختلف الفقهاء في وجود السُنَّة والبدعة في الخلع من جهة وقت إيقاعه، فمنهم من قال بوجود ذلك كما هو موجود في الطلاق، ومنهم من نفى ذلك. ومعنى ذلك أن في هذه المسألة قولين:

(الأول): الخلع السُنِّيّ، ويشترط فيه أن يكون في طهر لم يمسسها فيه الزوج؛ لأن هذا هو وقت إيقاع طلاق السُّنَّة فيكون نفسه وقت إجراء الخلع، فإذا جرى في حيض الزوجة المختلعة أو في طهرها الذي مسّها فيه زوجها، فالخلع بدعي كما هو الحال في الطلاق إذا أوقعه الزوج في أثناء حيض أو في طهرٍ مسَّها منه.

(الثاني): لا بدعة في وقت إجراء أو وقوع الخلع، فسواء أوقعه الزوجان في أثناء الحيض أو في طهرٍ مسّها فيه، أو في طهرٍ لم يمسسها فيه، فكلٌّ ذلك سواء وهو وقت إجراء الخلع لأنه لا يوصف بسُنَّة أو بدعة.

٧٩٠٥ - القول الأول: اشتراط إيقاع الخلع في طهر لم يمسسها فيه:

وأصحاب هذا الاشتراط، يرون في الخلع سنة وبدعة كما أشرنا، فالسُنَّة فيه أن تقع المخالعة في طهر المرأة التي لم يمسسها فيه زوجها، فإذا جرت المخالعة بينهما والمرأة حائض، أو هي طاهر ولكن جامعها زوجها في طهرها هذا، فالمخالعة بدعية لا سُنِّيَّة، كما هو الحكم في الطلاق إذا أوقعه الزوج والمرأة في الحال التي وصفناه (أي في حال حيضها أو في طهرها الذي مسَّها فيه).

٧٩٠٦ - الزيدية من أصحاب هذا القول:

وممن قال بهذا القول الزيدية، لأنهم يرون في الخلع سُنَّة وبدعة، وقد جاء في «الروض

النضير»: «وتدخله ـ أي الخلع ـ السُنَّة والبدعة كالطلاق الخالي من العوض»[9760] وطلاق السُنّة عند الزيدية هو الذي يكون في طهر لم يجامعها فيه[9761]. وعلى هذا، فالخلع السُنّي هو ما كان كذلك، أي إجراؤها في طهر لم يجامعها فيه، فإن كان في حيض أو في طهر جامعها فيه كان خلعاً بدعياً.

٧٩٠٧ ـ الجعفرية من أصحاب القول الأول:

وجاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «ويعتبر في المختلعة أن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه إذا كانت مدخولاً بها غير يائسة وكان حاضراً معها...»[9762]. وفي «المختصر النافع» في فقه الجعفرية أيضاً: «أما الشرائط... وفي المختلعة مع الدخول الطهر الذي لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضراً، وكان مثلها تحيض»[9763]. وفي «منهاج الصالحين» في فقه الجعفرية أيضاً: «يشترط فيها ـ أي في الزوجة المختلعة ـ أن تكون حال الخلع طاهرة من الحيض والنفاس، وأن لا يكون الطهر طهر مواقعة. فلو كانت حائضاً أو نفساء أو طاهرة طهراً واقعها فيه الزوج، لم يصح الخلع. نعم اعتبار ذلك إنما هو إذا كانت قد دخل بها بالغة غير آيس حائلاً وكان الزوج حاضراً. أما إذا لم تكن مدخولاً بها أو كانت صغيرة أو يائسة أو حاملاً، أو كان الزوج غائباً، صحّ خلعها وإن كانت حائضاً أو نفساء أو كانت في طهر المواقعة. هذا، والغائب الذي يقدر على معرفة حالها بحكم الحاضر، والحاضر الذي لا يقدر على معرفة حالها ـ أي من جهة طهرها وحيضها ـ بحكم الغائب»[9764].

٧٩٠٨ ـ القول الثاني: عدم اشتراط الطهر لصحة الخلع:

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع يقع صحيحاً حتى ولو كانت الزوجة المختلعة حائضاً أو طاهرة طهراً واقعها فيه زوجها، فلا يشترط الجمهور إيقاع الخلع. في طهر الزوجة الذي لم يواقعها فيه زوجها حتى يكون الخلع سُنّياً لا بدعياً. ونذكر فيما يلي أقوال فقهاء الجمهور وهم أصحاب هذا القول.

(٩٧٦٠) «الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير» ج٤، ص٤٢٠.

(٩٧٦١) «الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير» ج٤، ص٣٢٨.

(٩٧٦٢) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٥٥.

(٩٧٦٣) «المختصر النافع» ص٢٢٧.

(٩٧٦٤) «منهاج الصالحين في فقه الجعفرية» للسيد محسن الحكيم، ج٢، ص١٧٤.

٧٩٠٩ ـ من أقوال أصحاب القول الثاني:

(أ): في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ولا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه؛ لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة، فجاز دفع أعلاها بأدناها ـ أي دفع أعلى المضرتين بتحمل أدنى المضرتين ـ؛ ولـذلك لم يسأل النبي ـ ﷺ ـ المختلعة عن حالها؛ ولأن ضرر تطويل العدة عليها، والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضا منها به ودليلاً على رجحان مصالحها فيه.[٩٧٦٥]

(ب): وفي «المهـذب» للشيرازي في فقـه الشافعية: «ويجوز الخلع في الحيض؛ لأن المنع من الطلاق في الحيض للضرر الذي يلحقها بتطويل العدة، والخلع جعل للضرر الذي يلحقها بتطويل العدة، والخلع جعل للضرر الذي يلحقها بسوء العِشْرة والتقصير في حقّ الزوجة والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة، فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما»[٩٧٦٦].

(جـ): وفي «ردّ المحتار» لابن عابدين في فقه الحنفية: «ولا بأس به ـ أي بالخلع ـ ولو في حالة الحيض عند الحاجة، فلا يكره بالإجماع لأنه لا يمكن تحصيل الفرض إلا به»[٩٧٦٧].

٧٩١٠ ـ القول الراجح:

والراجح جواز اختلاع الزوجة وهي حائض أو في طهر مسّها فيه زوجها للتعليل الذي ذكرناه عن صاحب «المغني» وصـاحب «المهـذب»؛ ولأنه لا يصح قياس الخلع على الطلاق؛ لأن الطلاق يوقعه الزوج بإرادته، والخلع تريده الزوجة لدفع الضرر عن نفسها فيقع باتفاقهما، فافترق الخلع عن الطلاق فلا قياس. كما أن الخلع يعتبر فسخاً عند فريق من أهل العلم، فلا يقاس على الطلاق. قال شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ: «ولهذا جوّز أكثر العلماء الخلع في الحيض؛ لأنه على قول فقهاء الحديث ليس بطلاق، بل فرقة بائنة. وهو في أحد أقوالهم تستبرىء بحيضة لا عدة عليها؛ ولأنها تملك نفسها بالاختلاع فلها فائدة في تعجيل الإبانة لرفع

(٩٧٦٥) «المغني» ج٧، ص٥٢.

(٩٧٦٦) «المهذب وشرحه المجموع» للشيرازي، ج١٦، ص١٣.

(٩٧٦٧) «رد المحتار شرح الدر المختار» ج٣، ص٤٤١.

الشرّ الذي بينهما، بخلاف الطلاق الرجعي فإنه لا فائدة في تعجيله قبل وقته ـ وهو في طهر لم يمسّها فيه ـ؛ بل ذلك شرّ بلا خير»[٩٧٦٨].

الفرع الثاني
مخالعة الأجنبي عن الزوجة

٧٩١١ ـ من هو الأجنبي المخالع؟

الأجنبي الـذي يخالع عن الزوجة، هو الفضولي. أي الذي ليست له صفة تخوّله إجراء المخالعة عنها، إذ ليس هو بوليّ لها ولا بوكيل عنها في موضوع الخلع، فهو أجنبي عنها من هذه الجهة ـ أي في هذه المسألة ـ ومن يباشر عقداً عن غيره دون ولاية له على هذه المباشرة يُسمّى فضولياً. فالمخالع عن الزوجة دون ولاية له على هذه المخالعة هو الفضولي الذي يخالع عن الزوجة وهو الأجنبي عنها.

٧٩١٢ ـ هل يقع خلع الأجنبي عن الزوجة؟

اختلف الفقهاء في صحة خلع الفضولي عن الزوجة، فمنهم من أجازه وقال بصحته وهم أكثر الفقهاء كما قال ابن قدامة الحنبلي. ومنهم من لم يجزه.

وقال بعدم صحته إذا وقع. ونذكر فيما يلي أقوال الطرفين وأدلتهم.

٧٩١٣ ـ القول الأول: صحة خلع الأجنبي:

وهذا قول الجمهور ومنهم الحنابلة والشافعية والمالكية والحنفية، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم.

(أ): جاء في «المغني» في فقه الحنابلة: «ويصح الخلع مع الأجنبي بغير إذن المرأة مثل أن يقول الأجنبي للزوج: طلِّقْ امرأتَكَ بألف عليَّ. وهذا قول أكثر أهل العلم»[٩٧٦٩].

(ب): وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ويصح اختلاع أجنبي مطلق التصرف بلفظ خلع أو طلاق وإن كرهت الزوجة. وهو أي اختلاع الأجنبي مع الزوج كاختلاعها ـ أي الزوجة ـ لفظاً، أي في ألفاظ الالتزام وحكماً في جميع ما مرَّ ـ أي من أحكام الخلع ـ، فهو من جانب

(٩٧٦٨) «فتاوى ابن تيمية»، طبعة فرج الله الكردي، ج٣، ص٤٥.

(٩٧٦٩) «المغني» ج٧، ص٨٥.

الزوج ابتداءً معاوضة فيها شوب تعليق، ومن جانب الأجنبي ابتداءً معاوضة فيها شوب جعالة، فإذا قال: الزوج للأجنبي: طلَّقْتُ امرأتي على ألف في ذمتك فقبل. أو قال الأجنبي للزوج: طلّقْ امرأتَكَ على ألف في ذمتي فأجابه. بانت الزوجة بالمبلغ المسمى وللزوج أن يرجع قبل قبول الأجنبي نظراً لاعتبار المبلغ في هذه الحالة معاوضة في حقّه، وللأجنبي أن يرجع قبل إجابة الزوج نظراً لشوب الجعالة»[9770].

(ج): وفي «الشرح الكبير» للدردير: «جاز الخلع وهو الطلاق بعوض، وجاز بعوض من غيرها أي من غير الزوجة ولو أجنبياً منها إن تأهل الدافع زوجة أو غيرها لالتزام العوض بأن كان رشيداً»[9771] ومعنى قوله «إن تأهل الدافع» أي إن كان أهلاً للالتزام العوض - أي عوض الخلع -[9772].

(د): وفي «الدّر المختار» في فقه الحنفية: «فإن خالعها الأب على مال ضامناً أي ملتزماً لا كفيلاً لعدم وجوب المال عليها صحَّ - أي الخلع - والمال عليه، كالخلع مع الأجنبي فالأب أولى»[9773] والأجنبي هو الفضولي[9774].

(هـ): وفي «الدر المختار» أيضاً: «خلع الأب صغيرته بمالها أو مهرها طلّقت في الأصح ولم يلزم المال؛ لأنه تبرع وكذا الكبيرة إلا إذا قبلت فيلزم المال. وقال ابن عابدين تعليقاً: «قوله وكذا الكبيرة . . . إلخ» أي إذا خلعها أبوها بلا إذنها، فإنه لا يلزمها المال بالأولى؛ لأنه كالأجنبي في حقها»[9775].

٧٩١٤ - القول الثاني: عدم صحة خلع الأجنبي:

وهذا قول الظاهرية والزيدية والجعفرية والامام أبي ثور، وسنذكر في ما يلي بعض أقوالهم:

(أ): جاء في «المحلى» لابن حزم في فقه الظاهرية: «ولا يجوز أن يخالع عن المجنونة ولا عن الصغيرة أب ولا غيره؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ فمخالعة

(٩٧٧٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٧٦.

(٩٧٧١) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٤٧.

(٩٧٧٢) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٤٧.

(٩٧٧٣) «الدّر المختار» ج٣، ص٤٥٨.

(٩٧٧٤) «ردّ المحتار لابن عابدين على الدّر المختار» ج٣، ص٤٥٨.

(٩٧٧٥) «الدر المختار ورد المحتار» لابن عابدين ج٣، ص٤٥٧.

الأب أو الوصي أو السلطان عن صغيرة أو كبيرة كسب على غيره وهذا لا يجوز. واستحلال الزوج مالها بغير رضاها أكل مال بالباطل فهو حرام»[٩٧٧٦]. وقد يقال: إن هذا التعليل لا يشمل خلع الأجنبي إذا كان بدل الخلع منه لا من الزوجة. والجواب: أن الظاهرية قالوا: لا يجوز الخلع إلا في أحد وجهين: إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا توفيه حقّه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقّها، فلها أن تفتدي منه ولا يحلّ الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين أو باجتماعهما، فإن وقع بغيرها فهو باطل»[٩٧٧٧]. ومعنى ذلك أن خلع الأجنبي غير صحيح، لأن الأجنبي لا يعلم أنها تكره زوجها أو أنها تريد الافتداء منه؛ لأنها لم تأذن له بذلك. وعليه، فالراجح عندي أن كلام ابن حزم يشمل خلع الأجنبي فلا يصح عنده.

(ب): وفي «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «الخلع إنما يصح بشروط أربعة: (الأول) أن يوقعه زوج مكلّف. . . وقولنا (زوج) احترازاً من غير الزوج فإنه لا يصح منه المخالعة للأجنبية، كما لا يصح طلاقها»[٩٧٧٨].

(ج): وعند الجعفرية قولان في صحة خلع الأجنبي المتبرع ببدل الخلع، فقد جاء في «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية»: «وفي صحته ـ أي الخلع ـ من المتبرع بالبذل من ماله قولان، أقربهما المنع»[٩٧٧٩]. وفي «منهاج الصالحين» في فقه الجعفرية أيضاً: «الظاهر عدم صحة الخلع من كون البذل من متبرع»[٩٧٨٠].

(د): وقال الامام أبو ثور: «لا يصح الخلع مع الأجنبي»[٩٧٨١].

٧٩١٥ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول وهم الجمهور القائلون بصحة خلع الأجنبي بما يأتي:

أولاً: إن الأجنبي بذل ماله في مقابل إسقاط حقّ عن غيره كما لو قال: اعتق عبدك وعليَّ ثمنه[٩٧٨٢].

(٩٧٧٦) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٤٤.

(٩٧٧٧) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٣٥.

(٩٧٧٨) «شرح الأزهار» ج٣، ص٤٣٣.

(٩٧٧٩) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج١، ص١٦٣.

(٩٧٨٠) «منهاج الصالحين» للسيد محسن الحكيم، ج٢، ص١٧٤.

(٩٧٨١) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص٨٥.

(٩٧٨٢) «المغني» ج٧، ص ٨٥-٨٦.

ثانياً: الطلاق مما يستقل به الزوج، والأجنبي مستقل بالالتزام وله بذل المال والتزامه على وجه الفداء عن الزوجة؛ لأن الله تعالى سمى الخلع فداءً، فجاز كفداء الأسير وكما يبذل المال في عتق عبد لسيده تخليصاً له من الرّق، وقد لا يكون للأجنبي فيه غرض ديني بأن يراهما لا يقيمان حدود الله، أو يجتمعان على محرم والتفريق بينهما ينقذهما من ذلك فيفعل طلباً للثواب، أو يفعل لغرض مباح[9783].

٧٩١٦ ـ أدلة القول الثاني: عدم صحة خلع الأجنبي:

أولاً: إن مخالعة الأجنبي ببذل ماله سفه منه؛ لأنه يبذل ماله في مقابلة ما لا منفعة له فيه، فإن الملك لا يحصل له بهذا الخلع بل يحصل للزوجة إذن تملك نفسها وتتخلص من قيد النكاح، فأشبه ما لو قال: بعْ عبدك لزيد بألف دينار عليَّ. وهذا الدليل نسبه صاحب «المغني» للامام أبي ثور وهو من القائلين بعدم صحة خلع الأجنبي[9784].

ثانياً: الخلع من عقود المعاوضات، فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض كالبيع؛ ولأن الله تعالى أضاف الفدية إلى الزوجة في قوله تعالى: ﴿**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾؛ ولأن الأصل بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل له، وحينئذ فلا يملك الزوج البدل، ولا يقع الطلاق إن لم يتبع به، فإن اتبع به كان رجعياً»[9785].

٧٩١٧ ـ القول الراجح في خلع الأجنبي:

والراجح عندي، صحة خلع الأجنبي ولكن بشرط أن يثبت لدى الأجنبي أن الزوجة تحصل لديها السبب المبيح لطلب الخلع، وهو أنها تكره زوجها وتخاف أن توفيه حقّه، أو أن الزوج يضارها ويسيء عشرتها ومعاملتها، انها لهذا ترغب في مخالعته ولكن ليس عندها من المال ما يغريه على مخالعتها، أو يعلم الأجنبي أن الزوج مع زوجته على حال لا يقرها الشرع، كأن يحملها على فعل ما لا يجوز شرعاً كاختلاطها مع الأجانب. ففي هذه الحالات يجوز للأجنبي أن يخالع عنها، وأفضل أن يكون بأذنها صراحة أو دلالة؛ لأن الأمر يتعلق بها إلا إذا تعذر على الأجنبي أخذ إذنها صراحة أو دلالة. أما بدون ذلك فخلع الأجنبي لا يجوز، كما لو خالع عنها ببذل ماله ليغري زوجها على تطليقها نكاية بها أو إضراراً بها، ولولا بذله المال لما أبانها زوجها

(٩٧٨٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٧٦.

(٩٧٨٤) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص٨٥.

(٩٧٨٥) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج١، ص١٦٣-١٦٤.

عن طريق الخلع. وكذلك لا يجوز للأجنبي أن يخالع عنها لمصلحته هو كما لو أراد بفعله هذا تطليقها عن طريق الخلع ليزوّج زوجها قريبة له. وكذلك لا يجوز للأجنبي أن يفعل ذلك لا بقصد مضارتها ولا لمصلحة نفسه، بل لما يظنّه مصلحة للزوج، فهذا أيضاً لا يجوز لمناقضته مقاصد الشريعة في النكاح وهي إبقاء النكاح وإدامة الحياة الزوجية وإصلاح ذات البين بين الزوجين، وأيضاً فإن تقدم الأجنبي بالمخالعة عن الزوجة الغافلة التي قد ترى مصلحتها في بقاء الرابطة الزوجية، هذا الفعل من الأجنبي ضرر بالزوجة، والضرر مرفوع في الشريعة، وما يؤدي إليه يمنع. والخلاصة، فإن خلع الأجنبي عن الزوجة لا يجوز إلا إذا كان في مصلحتها حقُّ بأن كانت ترغب هي فيه حقاً ولا تستطيع فعله، أو كانت في حال لايقرّها الشرع والشرع يوجب مفارقتها من هذا الزوج، وأن يكون خلع الأجنبي بغير قصد الإضرار بها، ولا يترتب على فعله ضرر بها وإن لم يقصد هو الضرر، وأن يتيقن من وجود السبب المبيح أو الموجب للخلع شرعاً، وأن يحصل على إذنها صراحة أو دلالة كلما أمكنه ذلك، وله أن يستدل على إذنها بالقرائن المعتبرة وبالسؤال ممن له صلة بها من أقاربها وجيرانها، فيكون خلعه عنها من باب التعاون على البر والتقوى.

٧٩١٨ ـ وجود المصلحة في خلع الأجنبي:

وقد أشار المالكية إلى أن خلع الأجنبي يجب أن يكون لمصلحة ودون قصد الإضرار بالزوجة، فقد جاء في «مواهب الجليل لشرح مختصر خليل» في فقه المالكية للفقيه الحطاب، وهو يتكلم عن مخالعة الأجنبي عن الزوجة بعوض يلتزمه هو عنها، قال الحطّاب ـ رحمه الله تعالى ـ: «قال ابن عبد السلام: قلت ينبغي أن يفيد المذهب ـ مذهب المالكية ـ بما إذا كان الغرض من التزام الأجنبي ذلك للزوج حصول مصلحة ودرء مفسدة ترجع على ذلك الأجنبي مما لا يقصد به إضرار المرأة، وأما ما يفعله أهل الزمان في بلدنا من التزام أجنبي ذلك وليس قصده إلا إسقاط النفقة الواجبة في العدة للمطلقة على مطلّقها، فلا ينبغي أن يختلف في المنع ابتداءً، وفي انتفاع المطلق بذلك بعد وقوعه نظر» وقال ابن عرفة: «باذل الخلع ـ أي بدل الخلع ـ صحَّ معروفه، والمذهب صحته من غير الزوجة مستقلاً». قال الحطّاب: ما لم يظهر قصد ضررها بإسقاط نفقة العدة»[٩٧٨٦] فالمالكية يلاحظون في خلع الأجنبي خلوه من قصد الإضرار بالزوجة، ولكنهم يقصرون هذا الضرر بضرر حرمانها من نفقة العدّة، كما أنهم يقيدون صحة خلع الأجنبي بوجود المصلحة ودرء المفسدة في حقّ الأجنبي المخالع.

(٩٧٨٦) «مواهب الجليل لشرح مختصر خليل» للحطاب، ج٤، ص١٩.

٧٩١٩ ـ تعقيب على قول المالكية في شرط المصلحة:

ولكن يُردُّ على قول الحطّاب وما نقله من أقوال غيره من فقهاء المالكية أن ضرر المرأة غير مقصود على تفويت نفقة العدة عليها، فالضرر الأكبر يأتيها من تطليقها بغير سبب شرعي، وإنما يحصل ذلك بإغراء الأجنبي زوجها بتطليقها عن طريق الخلع بما يبذله الأجنبي من مال جسيم يحمل الزوج على قبول المخالعة. وكذلك ما نقله الحطّاب عن الفقيه عبدالسلام من تقييد جواز الخلع بوجود المصلحة للأجنبي... هذا القيد غير وارد هنا ولا ينبغي الأخذ به؛ لأن تشريع الخلع إنما كان لمصلحة الزوجة بدفع الضرر عنها وليس لمصلحة الأجنبي الفضولي الذي يريد الخلع لمصلحة نفسه.

وعلى هذا؛ فإن ما أشار إليه المالكية من لزوم تحقق المصلحة في الخلع ومن عدم الضرر بالزوجة، يجب أن يحمل على تحقق المصلحة للزوجة وتحقق دفع الضرر عنها بهذا الخلع، فهي المنظور إليها وليس الأجنبي، فإن عُري خلعه عن ذلك كان من الإضرار بالزوجة عن قصد أو عن غير قصد.

٧٩٢٠ ـ التزام الأجنبي المخالع ببدل الخلع:

وإذا خالع الأجنبي الزوج عن زوجته، وأضاف بدل الخلع إلى نفسه على وجه يفيد التزامه به، كما لو قال الأجنبي للزوج: اخلع زوجتك على ألف دينار من مالي، أو على ألف دينار عليَّ، أو اخلع زوجتك على مهرها وأنا ضامن (أي ملتزم به)، فإن الخلع يقع ويكون هذا الأجنبي المخالع ملتزماً ببذل الخلع وملزماً بأدائه إلى الزوج. أما إذا لم يضمنه حيث سمى العوض من الزوجة أو من غيرها لم يصح الخلع، ولهذا صرّح الحنابلة، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «أو يقول الأجنبي اخلع زوجتك على ألف. أو يقول: طلّقها على ألف أو على سلعتي هذه فيجيبه الزوج، فيصبح الخلع ويلزم الأجنبي وحده بالعوض؛ لأنه التزمه بالعقد دون الزوجة. وإن قال الأجنبي للزوج: اخلع زوجتك على مهرها أو على سلعتها وأنا ضامن صحَّ، وإن لم يضمن الأجنبي للزوج ما سأله الخلع عليه حيث سمى العوض من الزوجة أو من غيرها لم يصح الخلع؛ لأنه ببذل مال غيره بغير إذنه فلم يصح البذل»[٩٧٨٧].

٧٩٢١ ـ إن لم يصرح الأجنبي بالتزامه ببدل الخلع:

وإن أطلق الأجنبي البدل ولم يضفه إلى نفسه ولم يلتزمه كما لو قال الأجنبي للزوج: اخلع

(٩٧٨٧) «كشاف القناع» ج٣، ص١٢٧.

زوجتك على (ألف دينار) دون أن يقول: من مالي، أو هي عليَّ، أو أنا ضامن. فهل يصح الخلع ويلتزم الأجنبي ببدل الخلع؟ عند الحنابلة: يصح الخلع ويلتزم الأجنبي بما ذكره من بدل الخلع، باعتبـار أنَّ ما ذكره هو من ماله، أو أنه ملتزم به بقرينة طلبه المخالعة من الزوج عن الزوجة دون أن يضيف بدل الخلع لها أو إلى غيرها، فيحمل ذلك على التزامه هو به، ويدل على هذا الذي نقوله عن الحنابلة قولهم: «وإن لم يضمن الأجنبي للزوج حيث سمى العوض فيها أي من الزوجة أو من غيرها لم يصح الخلع»[٩٧٨٨]. فمفهوم هذا القول أن الأجنبي إذا أرسل العوض إرسالاً بأن لم يضعه إلى الزوجة ولا إلى غيرها، صحَّ الخلع والتزم هو به.

٧٩٢٢ ـ وعند الحنفية تفصيل، فقد جاء في «الدّر المختار»: «خلع الأب صغيرته بمالها أو مهرهـا طلّقت في الأصح ولم يلزم المال؛ لأنه تبرع وكذا الكبيرة إلا إذا قبلت، فيلزمها المال»[٩٧٨٩]. وجاء في «ردّ المختار» تعليقاً على هذا القول: «قوله: وكذا الكبيرة إلخ» أي إذا خلعها أبوها بلا إذنها فإنه لا يلزمها المال ـ بدل الخلع ـ بالأولى؛ لأنه كالأجنبي في حقّها. وفي الفصولين: إذا ضمنه الأب أو الأجنبي وقع الخلع ـ أي وجوب بدل الخلع ـ، ثم إن أجازت نفذ عليها وبرىء الزوج من المهر «بدل الخلع» وإلا ترجع به على الزوج، والزوج يرجع به على المخالع. وإن لم يضمن توقف الخلع على إجازتها ـ أي توقف وجوب بدل الخلع على إجازتها ـ فإن أجازت جاز وبرىء الزوج عن المهر وإلا لم يجز. قال في «الذخيرة»: ولا تطلق. وقال غيره: ينبغي أن تطلق؛ لأنه معلق بالقبول وقد وجد أي بقبول المخالع. وفي «الفتاوى البزازية»: وإن لم يضمن توقف ـ أي الخلع ـ على قبولها في حقّ المال. قال: وهذا دليل على أن الطلاق واقع، وقيل: لا يقع إلا بإجازتها»[٩٧٩٠].

٧٩٢٣ ـ وجاء أيضاً في «الدّر المختار» في فقه الحنفية: «فإن خالفها الأب على مال ضامناً له صحَّ والمال عليه كالخلع مع الأجنبي فالأب أولى»[٩٧٩١]. وقال ابن عابدين تعليقاً على هذا القول: «وحاصل الأمر فيه أنه إذا خاطب الزوج ـ أي إذا خاطب الأجنبي المخالع الزوج ـ فإن أضاف البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه مثل قوله: اخلعها بألف عليَّ، أو على أني ضامن أو على ألفي هذه أو عبدي هذا ففعل صحَّ ـ أي الخلع ـ والبدل عليه، ولا

(٩٧٨٨) «كشاف القناع» ج٣، ص١٢٧، «غاية المنتهى» ج٣، ص١٠١.

(٩٧٨٩) «الدر المختار» ج٣، ص٤٥٧.

(٩٧٩٠) «رد المحتار لابن عابدين على الدّر المختار» ج٣، ص٤٥٧.

(٩٧٩١) «الدّر المختار» ج٣، ص٤٥٨.

يتوقف على قبول المرأة. وإن أرسله - أي أرسل الأجنبي المخالع البدل بأن لم يضفه إلى نفسه ولم يضمنه - بأن قال: على ألف، أو على هذا العبد، فإن قبلت الزوجة لزمها تسليمه أو قيمته إن عجزت. وإن أضافه إلى غيره - أي أضاف البدل غلى غيره - كعبد فلان، اعتبر قبول فلان. ولو خاطبها الزوج أو خاطبته بذلك اعتبر قبولها، سواء كان البدل مرسلاً أو مضافاً إليها، أو إلى الأجنبي»[٩٧٩٢].

٧٩٢٤ - وفي «المبسوط» في فقه الحنفية أيضاً: «ولو كانت - اي الزوجة - كبيرة، فإن كان خلع الأب بإذن البنت جاز ذلك عليها، وإن كان خلع الأب بغير إذنها وقد ضمن الأب للزوج فالخلع جائز، وترجع هي بالصداق - أي المهر الذي جعله الأب الزوج بدل الخلع - على زوجها، ثم الزوج على الأب بحكم ضمانه؛ لأنه ليس له ولاية المعاوضة على مالها»[٩٧٩٣]. ومن الواضح أن هذا القول يسري على الأجنبي إذا خالع عن الزوجة بإذنها أو بغير إذنها ولكن بضمانه، لأن الأب إذا ضمن بدل الخلع لكون مخالعته تمت بدون إذنها مع أنها ابنته، فالأجنبي بجريان هذا الحكم عليه فيلزمه بدل الخلع بحكم ضمانه.

الفرع الثالث

خلع الزوجة الصغيرة أو المجنونة أو السفيهة

٧٩٢٥ - تمهيد

قد تكون الزوجة صغيرة أو مجنونة أو سفيهة، فهل يصح الخلع من الزوجة وهي بأحد هذه الأوصاف: الصغر أو الجنون أو السفه؟ وإذا لم يصح منها الخلع، فمن له الولاية على إجراء المخالعة عنها مع الزوج؟ وإذا أجرى المخالعة عنها غيرها فما الذي يلزمها من بدل الخلع؟ هذا ما نريد بيانه في المذاهب المختلفة.

أولاً - خلع الصغيرة أو المجنونة

٧٩٢٦ (أ): مذهب الحنفية:

إذا كانت الزوجة صغيرة غير مميزة أو مجنونة فخلعها باطل؛ لأن أقوالها غير معتبرة في إنشاء

(٩٧٩٢) «رد المحتار لابن عابدين على الدّر المختار» ج٣، ص٤٥٨.

(٩٧٩٣) «المبسوط» ج٦، ص١٧٩.

العقود لا إيجابا ولا قبولاً. أما إذا كانت الزوجة صغيرة مميزة تعقل أن النكاح جالب للاستمتاع، وأن الخلع قاطع لذلك وقبلت الخلع وقع الطلاق ولا يلزمها المال أي بدل الخلع، فقد جاء في «المبسوط» للامام السرخسي في فقه الحنفية: «وإذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها؛ لأن الزوج من أهل الإيقاع - أي إيقاع الطلاق - وإيجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها، وقد تحقق القبول منها فيقع، ولكن لا يلزمها المال؛ لأن التزام المال من الصبية لا يصح»[٩٧٩٤].

وفي «ردّ المحتار على الدّر المحتار» في فقه الحنفية ايضاً: «فإن قبلت الخلع - أي إذا قبلت الزوجة الصغيرة الخلع - وهي عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب، وقع الطلاق بالاتفاق، ولا يلزمها المال»[٩٧٩٥]. وفي «فتح القدير» «إن الصغيرة العاقلة إذا قبلت الخلع من زوجها، صحَّ الخلع ووقع الطلاق، ولا يسقط المهر ولا يلزم المال»[٩٧٩٦]. وفي «جامع أحكام الصغار» في فقه الحنفية. «ولو اختلعت الصغيرة تعقل وتعبر من زوجها على صداقها يقع طلاق بائن ولا يسقط الطلاق»[٩٧٩٧]. إنما لم يجب المال؛ لأن الخلع من جانب الزوجة معاوضة فيها شبه بالتبرع؛ لأن الزوجة تبذل المال فيما لا يعتبر مالاً وهو طلاقها منه، فيشترط فيها أهلية التبرع، والصغيرة ليست أهلاً للتبرع.

٧٩٢٧ - (ب): مذهب الشافعية:

وعندهم لا يصح خلع الزوجة الصغيرة، سواء كانت مميزة أو غير مميزة، وكذلك لا يصح خلع المجنونة، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وشرط قابله - أي الخلع - أو ملتمسة ليصح خلعه من زوجة أو أجنبي إطلاق تصرفه في المال بكونه مكلفاً غير محجور عليه أي بالنسبة لثبوت المال. أما الطلاق فلا يعتبر في قابله ذلك، بل صحة عبارته فقط. وللحجر أسباب خمسة ذكر المصنف ثلاثة: الرّق والسفه والمرض، وأسقط الصبا والجنون؛ لأن الخلع معهما لغو ولو كانت المختلعة مميزة؛ لانتفاء أهلية القبول فلا عبرة بعبارة الصغيرة والمجنونة[٩٧٩٨].

(٩٧٩٤) «المبسوط» للسرخسي، ج٦، ص١٧٨.

(٩٧٩٥) «رد المحتار لابن عابدين على الدر المختار» ج٣، ص٤٥٧.

(٩٧٩٦) «فتح القدير» ج٣، ص٢٢٠.

(٩٧٩٧) «جامع أحكام الصغار» للأسروشني، ج٢، ص٧.

(٩٧٩٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٣.

٧٩٢٨ - (ج): مذهب الحنابلة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فأما المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون، فلا يصح بذل العوض منها في الخلع؛ لأنه تصرف في المال وليس هي من أهله، وسواء أذن فيه الولّي أو لم يأذن؛ لأنه ليس له الإذن في التبرعات، وهذا كالتبرع. فإن خالع - أي الزوج - المحجور عليها بلفظ يكون طلاقاً فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضاً. وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق، كان كالخلع بغير عوض - أي فيقع -، ويحتمل أن لا يقع الخلع ها هنا؛ لأنه إنما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببذله»[٩٧٩٩]. ومعنى ذلك أن الخلع لا يصح من الصغيرة أو المجنونة، وسواء كانت الصغيرة مميزة أو غير مميزة للتعليل الذي ذكره ابن قدامة وهو كون الخلع كالتبرع والصغيرة والمجنون ليسا من أهل التبرع.

٧٩٢٩ - (د): مذهب الجعفرية:

وعند الجعفرية لا يصح الخلع من الصغيرة أو المجنونة، فقد جاء في «الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية»: «إذا جرى الخلع بين الزوج وزوجته القاصرة واشترط عليها بدلاً، فلا يصح الخلع وإن قبلت. ولا مال عليها ولا يسقط مهرها، ويقع الطلاق البائن بلا عوض إن أتبعه بلفظ الطلاق»[٩٨٠٠] ولفظ القاصرة يشمل الصغيرة والمجنونة، فلا يصح خلعها ولا قبولهما.

ثانياً: هل يخالع الولي عن الصغيرة والمجنونة؟

٧٩٣٠ - أولاً: مذهب الحنفية:

عند الحنفية يصح خلع الولّي على الصغيرة، ولكن لا يلزمها بدل الخلع، ويقع على الطلاق في إحدى الروايتين، ووقوع الطلاق هو الأصح عندهم. جاء في «المبسوط» للإمام السرخسي: «وإذا خلع الرجل ابنته الصغيرة من زوجها على صداقها - مهرها - ولم يدخل بها، فإن لم يضمن الأب فهو باطل، لأنه ليس له ولاية إلزام المال إياها بهذا السبب، إذ لا نفقة لها فيه، ولا يدخل في ملكها في مقابله شيء»[٩٨٠٠]. وفي «الهداية»: «ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها؛ لا نظر لها فيه... وإذا لم يجز لا يسقط المهر، ولا يستحق ما لها ثم يقع الطلاق في رواية، وفي ورواية لا يقع، والأول أصح؛ لأنه تعليق بشروط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط»[٩٨٠١]. وفي «العناية» تعليقاً على قول «الهداية»: «وإذا لم يجز الخلع لم يسقط

(٩٧٩٩) «المغني» ج٧، ص٨٣.

(٩٨٠٠) «المبسوط» ج٦، ص١٧٩.

(٩٨٠١) «الهداية» ج٣، ص ٢١٨.

المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع. وهل يقع الطلاق أو لا يقع فيه روايتان، والصحيح أن الطلاق واقع، وعدم الجواز منصرف إلى المال، - أي مال الصغيرة -»(٩٨٠٢). وفي «الدّر المختار» في فقه الحنفية: «خلع الأب صغيرته بمالها أو مهرها طلّقت في الأصح كما لو قبلت هي، وهي مميزة ولم يلزم المال؛ لأنه تبرع..»(٩٨٠٣).

هذا والمجنونة كالصغيرة غير المميزة فيما ذكرناه، وإن لم يأت ذكرها في النقول التي ذكرناها.

٧٩٣١ - ثانياً: مذهب الحنابلة:

جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وليس لأب خلع ابنته الصغيرة أو المجنونة أو السفيهة بشيء من مالها ولا طلاقها بشيء من مالها؛ لأنه يملك التصرف بما لها فيه الحظ - أي المصلحة - وليس في هذا حظ، بل فيه إسقاط حقّها الواجب لها. والأب وغيره من الأولياء في ذلك سواء»(٩٨٠٤). ولكن قال ابن قدامة الحنبلي في «المغني»: «ويحتمل أن يملك الولّي ذلك إذا رأى الحظ فيه، ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها؛ ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً، ولا سفهاً، فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها - مصلحتها - وحفظ نفسها ومالها، كما يجوز بذل مالها في مداواتها وفكها من الأسر، وهذا مذهب مالك والأب وغيره من أوليائها في هذا سواء»(٩٨٠٥).

٧٩٣٢ - وإن خالع الولي عنها بشيء من ماله جاز؛ لأنه يجوز من الأجنبي فمن الولي أولى(٩٨٠٦).

٧٩٣٣ - ثالثاً: مذهب المالكية:

وعندهم، يجوز للولّي المجبر أن يخالع عن موليّته ولو بمالها، فقد جاء في «الشرح الصغير للدردير في فقه المالكية: «وجاز الخلع من المجبِر - أي من الولّي المجبِر - أباً كان أو سيّداً أو وصياً عن مجبرته - أي التي له عليها ولاية إجبار - بغير إذنها ولو بجميع مهرها، وذلك ظاهر

(٩٨٠٢) «العناية على الهداية» ج٣، ص٢١٨

(٩٨٠٣) «الدر المختار» ج٣، ص٤٥٧.

(٩٨٠٤) «كشاف القناع» ج٣، ص١٢٧.

(٩٨٠٥) «المغني» ج٧، ص٨٣-٨٤.

(٩٨٠٦) «المغني» ج٧، ص٨٤.

قبل الدخول، وكذا بعده في السيّد مطلقاً، وفي الأب والوصي إذا كانت بحيث لو تأيمت بطلاق أو موت كانت مُجبَرةً لصغر أو جنون. ولا يجوز هذا ـ أي الخلع ـ من غير الولي المجبر من سائر الأولياء»[٩٨٠٧].

٧٩٣٤ ـ رابعاً: مذهب الشافعية:

لا يجوز للأب أن يخلع ابنته الصغيرة من الزوج بشيء من مالها؛ لأنه يسقط بذلك حقّها من المهر والنفقة والاستمتاع، فإن خالعها بشيء من مالها لم يستحق ذلك، وإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه»[٩٨٠٨]. ولكن لو خالع عنها بماله أو بضمانه وقع الخلع والتزم هو بالمال؛ لأنهم قالوا بصحة خلع الأجنبي والتزامه ببدل الخلع[٩٨٠٩]. فالأب أولى.

ثالثاً: خلع السفيهة:

٧٩٣٥ ـ أولاً: مذهب الشافعية:

لايصح اختلاع السفيهة ولو أذن لها الولي، فإن اختلعت قبل الدخول وقع طلاقها بائناً، وإن كان بعده وقع طلاقها رجعياً ولغا شرط المال في الحالتين، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وإن خالع بعد الدخول سفيهة ـ أي محجوراً عليها بسفه ـ بلفظ الخلع كأن قال لها: خالعتك على ألف، أو قال: طلّقتك على ألف فقبلت، طُلِّقت رجعياً ولغا ذكر المال؛ لأنها ليست من أهل التزامه وإن أذن لها الولّي؛ لأنه ليس لولّيها صرف مالها في مثل ذلك. وإن كان قبل الدخول فإنه يقع الطلاق بائناً ولا مال. فإن لم تقبل لم تطلّق»[٩٨١٠].

٧٩٣٦ ـ ثانياً ـ مذهب المالكية:

لا يصح الخلع من السفيهة بغير إذن الولّي. وإذا اختلعت وسلمت بدل الخلع وجب ردّه إليها؛ لعدم جواز البذل منها في الخلع؛ لأنه تبرع وهي ليست من أهل التبرع. ولكن إذا لم يقع باختلاعها الخلع وقع الطلاق البائن ما لم يقل زوجها: إن تمَّ هذا المال ـ بدل الخلع ـ لي فأنت طالق. فإن قال هذا القول ورد المال إليها، إذا كان الزوج قد تسلمه، لم يقع طلاق»[٩٨١١].

(٩٨٠٧) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٢.

(٩٨٠٨) «المهذب للشيرازي وشرحه المجموع» ج١٦، ص٩.

(٩٨٠٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٧٦.

(٩٨١٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٤.

(٩٨١١) «الشرح الكبير» للدردير، ص٣٤٨.

٧٩٣٧ ـ ثالثاً: مذهب الحنفية:

وعندهم إذا بلغت المرأة سفيهة، فاختلعت من زوجها بمالٍ منها جاز الخلع ولم يلزمها المال. اما جواز الخلع، فلأن وقوع الطلاق فيه يعتمد القبول منها وقد تحقق. واما عدم التزامها ببذل المال، فلأنها التزمته لا بعوض هو مال، اي بذلت مالها فيما لا يعتبر مالاً، وفيما لا منفعة ظاهرة لها فيه فتعتبر كالصغيرة إذا اختلعت من زوجها. فإن طلّقها تطليقة على ذلك المال ـ بدل الخلع ـ وقعت تطليقة رجعية؛ لأن وقوع الطلاق باللفظ الصريح لا يوجب الطلاق البائن إلا بوجوب البدل، ولم يجب البدل فيقع الطلاق رجعياً، وهذا بخلاف ما إذا كان بلفظ الخلع، فإن الطلاق يقع به بائناً ولو لم يجب فيه المال[٩٨١٢].

٧٩٣٨ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة:

عندهم، إذا خالعت السفيهة على مال منها لم يصح بذل المال منها في الخلع؛ لأنه تصرف في المال وليس هي من أهله، وسواء أذن فيه الولّي أو لم يأذن؛ لأنه ليس له الإذن في التبرعات، وهذا كالتبرع. فإن خالعت بلفظ يكون طلاقاً فهو طلاق رجعي، ولا يستحق الزوج المال ـ بدل الخلع ـ وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض. قال ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ: «ويحتمل أن لا يقع الخلع ها هنا؛ لأنه إنما رضي به بعوض ولم يحصل له، ولا أمكن الرجوع ببذله»[٩٨١٣].

٧٩٣٩ ـ خامساً: مذهب الجعفرية:

إذا اختلعت السفيهة من زوجها بدون إذن ولّيها على مال وقع الطلاق رجعياً إن أتبعه بالطلاق وكانت الزوجة مدخولاً بها، وإن لم يكن مدخولاً بها وقع بائناً ولا يلزمها المال[٩٨١٤].

رابعاً: هل يخالع الولي عن السفيهة؟

٧٩٤٠ ـ (أ): مذهب الحنابلة:

يجوز لولي السفيهة أن يخالع عنها بمال منه؛ لأنه يجوز الخلع من الأجنبي بماله، فمن الولي بماله أولى. ولكن ليس لولي السفيهة أن يخالع عنها بمالها؛ لأن تصرفه بمالها مقيّد

(٩٨١٢) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٥٨.

(٩٨١٣) «المغني» ج٧، ص٨٣.

(٩٨١٤) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية» لشيخ عبد الكريم الحلي، ص٧٥.

بالمنفعة لها، ولا منفعة لها بالخلع على مالها. وقال ابن قدامة الحنبلي: يجوز أن يكون لها منفعة في الخلع، فيجوز لوليها المخالعة عنها. ووجه المنفعة لها هو تخليصها من زوجها الذي تخاف منه التلف على مالها أو نفسها أو عقلها، فيكون بذل مالها في هذه الحالة مصلحة ومنفعة لها، فيجوز كما يجوز بذل مالها في مداواتها وفكها من الأسر، والأب وغيره من أوليائها في هذا سواء[9815].

٧٩٤١ - (ب): مذهب الحنفية:

قالوا: يجوز أن يخالع الأب عن ابنته السفيهة بحكم ولايته عليها فإن خالع عنها بمالها وقع الطلاق ولا يلزمها المال ويكون الطلاق أضافه إلى نفسه على وجه يفيد ضمانته أو ملكه إياه كما لو قال الأب للزوج: اخلعها بألف دينار عليَّ، أو على أني ضامن هذا المبلغ، فالخلع صحيح والمال على الأب. أما إذا أرسل الأب المال كما لو قال للزوج اخلعها بألف دينار، فالأمر يتوقف على الزوجة فإن قبلت وقع الخلع ولزمها المال بدل الخلع ـ، وإن لم تقبل لم يلزمها المال، وفي وقوع الطلاق في هذه الحالة قولان عند الحنفية[9816].

٧٩٤٢ - (ج): مذهب المالكية:

عند المالكية في خلع الأب عن البنت السفيهة قولان:

(الأول): لا يجوز له ذلك إلا بإذنها.

(الثاني): يجوز له ذلك تنزيلاً لها بمنزلة البكر ما دامت في ولاية الأب، وهذا على المشهور في مذهب المالكية وهو الجاري على قول مالك في «المدونة». والقول الأول هو المعمول به، وهو أصل المذهب[9817].

٧٩٤٣ - (د): مذهب الشافعية:

ليس لولّي السفيهة أن يخالع عنها ببذل من مالها حتى ولو كان ذلك برضاها، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وإن خالع بعد الدخول سفيهة ـ أي محجوراً عليها بسفه ـ بلفظ الخلع فقبلت، طلّقت رجعياً ولغا ذكر المال؛ لأنها ليست من أهل التزامه وإن أذن لها

(٩٨١٥) «المغني» ج٧، ص٨٣-٨٤.

(٩٨١٦) «ردّ المحتار على الدّر المختار» ج٣، ص٤٥٧-٤٥٨.

(٩٨١٧) «الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٣٤٨.

الولّي، وليس لوليّها صرف مالها في مثل ذلك»[9818]. وهذا صريح في عدم ولاية ولّي السفيهة على المخالعة عنها بمالها، ولا في الإذن لها بإجراء المخالعة بنفسها.

٧٩٤٤ ـ ولكن يصح من ولي السفيهة أن يخالع عنها بمال من غيرها على وجه التبرع لها؛ لأن مثل هذا الخلع يصح من الأجنبي عنها بمال من عنده فجوازه من وليها أولى، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ويصح اختلاع أجنبي مطلق التصرف بلفظ خلع أو طلاق وإن كرهت الزوجة ذلك؛ لأن الطلاق مما يستقل به الزوج، والأجنبي مستقل بالالتزام وله بذل المال والتزامه فداءً»[9819].

٧٩٤٥ ـ **القول الراجح:**

والراجح عندي، عدم جواز مخالعة ولي السفيهة عنها ولو كان ذلك بمال من عنده إلا إذا أذنت له بذلك، وكان في خلعها مصلحة ظاهرة لها كتخليصها من سوء عِشْرته ومن ظلمه لها واعتدائه عليها، بل ويجوز للولي في حالة اعتداء زوجها عليها أن يفتديها ولو بمال من عندها ولكن بشرط الإذن منها؛ لأنها هي أعرف بمصلحتها من غيرها، وهل من مصلحتها مفارقته عن طريق الخلع، أم من مصلحتها الصبر عليه على أمل إقلاعه عن ظلمها؟

الفرع الرابع

خلع الزوجة في مرض الموت

٧٩٤٦ ـ **تمهيد:**

إذا خالعت الزوجة زوجها وهي مريضة مرض الموت على عوض معين وتمت المخالعة، فهل يعتبر الخلع صحيحاً بجميع آثاره كما لو خالعت الزوجة زوجها وهي صحيحة غير مريضة أصلاً، أم في المسألة خلاف بين الفقهاء؟ الجواب: يوجد خلاف، فالظاهرية يقولون خلع المريضة والصحيحة سواء ولا فرق، والجمهور يقولون بالفرق بينهما.

(٩٨١٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٤.

(٩٨١٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٧٦.

٧٩٤٧ ـ خلع المريضة مرض الموت عند الظاهرية:

يرى الظاهرية أن مرض الموت لا يؤثر في صحة الطلاق الواقع فيه، سواء كان المريض مرض الموت هو الزوج أو الزوجة قال ابن حزم الظاهري «وطلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق... وكذلك طلاق الصحيح للمريضة وطلاق المريض للمريضة ولا فرق...»[٩٨٢٠]. والخلع عند الظاهرية طلاق، قال ابن حزم ـ رحمه الله ـ: «وهو ـ أي الخلع ـ طلاق رجعي إلا أن يطلّقها ثلاثاً أو آخر ثلاث»[٩٨٢١]. فالخلع عند الظاهرية في مرض موت الزوجة خلع صحيح وكخلع الزوجة الصحيحة. وإذا قيل بأن بدل الخلع يخضع لأحكام المريض مرض الموت، وبالتالي لا يكون خلع الزوجة في مرض الموت كخلع الصحيحة، فالجواب: أن الظاهرية لا يرون فرقاً بين تصرفات الصحيح والمريض مرض الموت، قال ابن حزم ـ رحمه الله ـ: «والمريض مرضاً يموت فيه أو يبرأ منه، فالحامل مذ تحمل إلى أن تضع أو تموت... كلهم سواء. وسائر الناس في أموالهم ولا فرق في صدقاتهم وبيوعهم وعتقهم وهباتهم»[٩٨٢٢]. ولكن يشترط لصحة الخلع عند الظاهرية أن يقع الخلع في إحدى الحالتين التي ذكرهما الظاهرية، وقالوا: لا يحلُّ الخلع في غيرهما، وقد ذكرناهما من قبل[٩٨٢٣].

٧٩٤٨ ـ خلع المريضة مرض الموت عند الجمهور:

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن خلع الزوجة المريضة مرض الموت ليس كخلع الزوجة الصحيحة، بناء على أصل عندهم في تصرفات المريض مرض الموت وهو اتهامه بالمحاباة والإضرار بالورثة. وعلى هذا، يجب تحرير وجه الخلاف عند الجمهور بين خلع الزوجة الصحيحة وبين الزوجة المريضة وفي الموت، ثم نبيِّن بعد ذلك أقوالهم في حقها.

٧٩٤٩ ـ وجه الاتفاق بين خلع المريضة والصحيحة عند الجمهور:

أولاً: لا خلاف في وقوع خلع الزوجة المريضة مرض الموت من جهة وقوع الفرقة به، فهو من هذه الجهة كخلع الزوجة الصحيحة. قال ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ: «المخالعة في المرض ـ مرض الموت ـ صحيحة، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعاً؛ لأنه معاوضة، فيصح في المرض كالبيع، ولا نعلم في هذا خلافاً»[٩٨٢٤].

(٩٨٢٠) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢١٨.

(٩٨٢١) «المحلى» ج١٠، ص٢٣٥.

(٩٨٢٢) «المحلى» ج٨، ص١٩٧.

(٩٨٢٣) «الفقرة» ٨٩٤١.

(٩٨٢٤) «المغني» ج٧، ص٨٨.

ثانياً: وإذا خالعت الزوجة في مرض موتها ثم برئت منه، كان خلعها كخلع الصحيحة لا فرق، فيستحق الزوج كل بدل الخلع وإن ماتت في العدة. قال الفقيه ابن عابدين ـ رحمه الله تعالى ـ في «حاشيته ـ ردّ المحتار على الدّر المختار»: «قوله: خلع المريضة، أي مرض الموت، إذ لو برئت منه كان للزوج كل البدل ـ بدل الخلع ـ لتراضيهما كما لو وهبته شيئاً ثم برئت من مرضها، وإن ماتت في العدة»(٩٨٢٥). وقال الحنابلة: «وإن صحت من مرضها ذلك الذي خالعته منه، فله جميع ما خالعها به كما لو خالعها في الصحة»(٩٨٢٦).

٧٩٥٠ ـ وجه الاختلاف بين خلع المريضة والصحيحة عند الجمهور:

إن وجه الاختلاف بين خلع الزوجة المريضة مرض الموت وبين خلع الزوجة الصحيحة عند الجمهور، هو في مدى استحقاق الزوج بدل الخلع، فهل يستحقه كما لو خالعته به وهي صحيحة أو لا؟ هذا هو وجه الاختلاف، ونذكر فيما يلي أقوال فقهاء الجمهور:

٧٩٥١ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

عند الحنفية، إذا خالعت زوجها وهي مريضة مرض الموت ومات في عدتها وهي بهذا المرض، فإن لزوجها الأقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع ومن ثلث تركتها، فلو كان إرثه منه خمسين ديناراً، وبدل الخلع ستين ديناراً، وثلث تركتها مائة دينار، لكان للزوج خمسون ديناراً؛ لأنه هو الأقل. وإذا كان موتها بعد أن خالعت بعد انتهاء العدة أو قبل الدخول، فيعطى للزوج الأقل من بدل الخلع وثلث تركتها، ولا ينظر إلى ميراثه منها؛ لعدم إرثه منها لموتها بعد العدة، ولبينونتها بلا عدة عند وقوع الخلع قبل الدخول. فيكون للزوج في مثالنا بدل الخلع وهو ستون ديناراً؛ لأنه أقل من ثلث تركتها وهو مائة دينار. ولو كان ثلث تركتها أربعين ديناراً، وبدل الخلع ستين ديناراً لكان للزوج أربعون ديناراً؛ لانه هو الأقل.(٩٨٢٧). وقال الامام زفر ـ رحمه الله تعالى ـ: يستحق الزوج بدل الخلع كله ويُخرج من جميع تركة الزوجة، وحجة الامام زفر أن اختلاعها من زوجها يعتبر من حوائجها كما أن النكاح من حوائج المريض، فإن المريض مرض الموت لو تزوج امرأة بمهر مثلها اعتبر من جميع ماله؛ لأن ذلك من حوائجه، وكذلك المريضة إذا اختلعت؛ لأن ذلك من حوائجها لتتخلص به من أذى الزوج. وقد ردّ على الامام زفر بأن

(٩٨٢٥) «ردّ المحتار على الدّر المختار» ج٣، ص٤٦٠.

(٩٨٢٦) «كشاف القناع في فقه الحنابلة» ج٣، ص١٣٧

(٩٨٢٧) «الدّر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦٠، «المبسوط» ج٦، ص١٩٢.

الخلع ليس من أصول حوائجها، فكان بدل الخلع بمنزلة الوصية منها للزوج، فيعتبر من الثلث[9828].

٧٩٥٢ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة:

قالوا: وإذا خالعته الزوجة في مرض موتها المخوف صحَّ الخلع، وله ما خالعته عليه إن كان قدر ميراثه منها فما دون. وإن كان بزيادة فله الأقل من المسمى في الخلع أو ميراثه منها؛ لأن ذلك لا تهمة فيه بخلاف الأكثر منهما، فإن الخلع إن وقع بأكثر من الميراث تطرقت إليه التهمة من قصد إيصالها إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه أشبه مالو اوصت أو أقرّت له. وإن كان بدل الخلع أقل من الميراث، فإنه يستحق هذا البدل؛ لأنه رضي به فتعين استحقاق الزوج للأقل منهما[9829].

٧٩٥٣ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

وعندهم لا يجوز خلع الزوجة المريضة مرضاً مخوفاً، أي يحرم عليها أن تخالع زوجها، وهي في مرض مخوف يخشى عليه فيها من الموت، وكذا يحرم عليه أن يخالعها وهي في هذا المرض لإعانته لها على فعل الحرام، ولكن ينفذ الخلع لو وقع في أحكام الدنيا ويقع به الطلاق ولا توارث بينهما لو ماتت قبله في عدتها. ومحلّ المنع من الخلع إن زاد بدل الخلع على إرثه منها لو ماتت قبله قبل الخلع، كما لو كان إرثه منها مائة دينار وخالعته على مائتين. فإن خالعته بقدر إرثه فأقل، جاز الخلع ولا توارث بينهما وإن خالعته على أكثر من إرثه منها وجب ردّ الزائد على إرثه منها بدل الخلع ويعرف الزائد على إرثه منها يوم موتها لا يوم خلعها، وحينئذ يوقف جميع المال ـ أي جميع بدل الخلع ـ المُخالَع به إلى يوم الموت، فإن كان بقدر إرثه منها أو أقل أخذه الزوج؛ لأن هذا هو حقّه، وإن كان أكثر من إرثه منها ردَّ الزائد إلى ورثتها[9830].

٧٩٥٤ ـ رابعاً: مذهب الشافعية:

قالـوا: يصح اختلاع المريضة مرض الموت؛ لأن لها صرف مالها في أغراضها وملاذها بخلاف السفيهة كما للمريض أن ينكح بكراً بمهر مثلها من غير حاجته، ولا يجب بدل الخلع

(٩٨٢٨) «المبسوط» ج٦، ص١٩٢.

(٩٨٢٩) «كشاف القناع» ج٣، ص١٣٦.

(٩٨٣٠) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٥٤ـ٣٥٥، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٥.

من ثلث تركتها إلا قدر الزائد على مهر مثلها، بخلاف مهر المثل أو أقل منه، فإنه يحسب من كل التركة؛ لأن التبرع إنما هو بالزائد فهو كالوصية للأجنبي، ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث إلا أن يكون وارثاً بجهة أخرى غير الزوجية كابن العم(٩٨٣١).

المطلب الثالث

صيغة الخلع

٧٩٥٥ ـ المراد بصيغة الخلع:

الخلع عقد بين الزوجين أو من يقوم مقامهما على إنهاء الرابطة الزوجية على عوض تقدمه الزوجة أو غيرها إلى الزوج على النحو الذي فصلناه من قبل. فالمراد بصيغة الخلع ما ينعقد به عقد الخلع، وذلك هو الإيجاب من أحد طرفي هذا العقد وقبول من الطرف الآخر، وصيغة العقد هي ما يتحقق به الإيجاب والقبول، فهي صورته في الخارج التي يوجد بوجودها.

٧٩٥٦ ـ منهج البحث:

والصيغة في إنشاء العقود تكون باللفظ، وهذا هو الأصل فيها، فإن تعذر اللفظ كما في الأخرس والخرساء، فالصيغة، أي الايجاب والقبول أو أحدهما يكون بالإشارة. جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ويشترط قبولها أي المختلعة بلفظ. أما الخرساء فتكفي إشارتها المفهمة»(٩٨٣٢).

وقد تكون صيغة العقد بـ (المعاطاة) أي بأفعال يقوم بها طرفا العقد أو أحدهما. فهل تصح صيغة عقد الخلع بما تصح به صيغ العقود الأخرى؟ هذا ما نبيِّنه في هذا المطلب، الذي نقسمه إلى فرعين على النحو التالي:ـ

الفرع الأول: الصيغة بالأفعال (المعاطاة).

الفرع الثاني: الصيغة بالألفاظ.

(٩٨٣١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٤ـ٢٦٥، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣٧ـ٣٨.

(٩٨٣٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٩.

الفرع الأول

صيغة الخلع بالأفعال (بالمعاطاة)

٧٩٥٧ ـ اختلاف الفقهاء في صيغة الخلع بالمعاطاة:

اختلف الفقهاء في صحة إيقاع الخلع (بالمعاطاة) بأن تقوم الزوجة بفعل معين يدل على إرادتها إيقاع الخلع، ويعتبر ذلك منها إيجاباً، ويقوم الزوج بما يدل على قبوله كأن يتسلم المال منها (بدل الخلع) ولا يمنعها من الخروج من بيت الزوجية. ويمكن ردّ اختلافهم إلى قولين: (الأول) بالجواز، و(الثاني) بالمنع. ونذكر فيما يلي بعض أقوال من صرّح بالجواز، أو صرح بالمنع.

٧٩٥٨ ـ القول الأول: ينخلع عقد الخلع بالمعاطاة:

وبهذا صرّح المالكية وبعض الحنابلة، والزيدية على ما يستفاد من أقوالهم، ونذكر بعض أقوال أصحاب القول الأول فيما يلي :ـ

٧٩٥٩ ـ أولاً: جاء في «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية: «وكَفَتْ المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق إن جرى بها ـ أي المعاطاة ـ عرفٌ كأن يجري عرفهم بأنها متى دفعت له أسورتها أو عقدها فأخذه ـ أي أخذه الزوج ـ وانصرفت كان ذلك خلعاً. ومثله قيام القرينة، قال ابن القاسم: إن قصد الصلح على أن يأخذ متاعة وسلّم لها متاعها، فهو خلع لازم ولو لم يقل.. أنتِ طالق»[٩٨٣٣].

٧٩٦٠ ـ ثانياً: وفي «التاج والإكليل لمختصر خليل» في فقه المالكية: «وكَفَتْ المعاطاة. قال ابن عرفة: صيغة الخلع ما دلَّ عليه ولو إشارة. وفي «المدونة»: إن أخذ منها شيئاً وانقلبت ـ أي خرجت من البيت ـ وقال: ذاك بذاك ولم يسميا طلاقاً، فهو طلاق لخلع»[٩٨٣٤].

٧٩٦١ ـ ثالثاً: وفي «مواهب الجليل» للحطّاب في فقه المالكية: «قال في التوضيح في شرح قوله: الصيغة ـ أي صيغة الخلع ـ وهي كالبيع في الإيجاب والقبول، ولا يشترط أن يكون بصيغة خاصة، بل تكفي المعاطاة..»[٩٨٣٥].

(٩٨٣٣) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٦.

(٩٨٣٤) «التاج والإكليل» للمواق، ج٤، ص٣٧.

(٩٨٣٥) «مواهب الجليل للحطاب» ج٤، ص٣٧.

٧٩٦٢ـ رابعاً: وذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى ما ذهب إليه المالكية من جواز انعقاد عقد الخلع بالمعاطاة، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ولا يحصل الخلع بمجردبذل المال ـ أي من الزوجة ـ وقبوله ـ أي من الزوج ـ من غير لفظ الزوج. قال القاضي: هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون، وقد أومأ إليه أحمد. وذهب أبو حفص العكبري وابن شهاب إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض، وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا..»[٩٨٣٦]

٧٩٦٣ ـ خامساً: وجاء في «الروض النضير» في فقه الزيدية: «واعلم أن الفقهاء شرطوا في صحة الخلع حصول الإيجاب والقبول، أو ما في حكمه في مجلس العقد أو الخبر به قبل الإعراض، وليس في الأدلة ما يفيده، وقد أشار المحقق الجلال إلى ذلك..»[٩٨٣٧]

٧٩٦٤ ـ القول الثاني: لا يجوز عقد الخلع بالمعاطاة:

وبهذا صرّح الشافعية والحنابلة، فقد جاء في مغني المحتاج في فقه الشافعية ويشترط قبولها ـ أي المختلعة ـ الناطقة بلفظ غير منفصل بكلام أجنبي أو زمن طويل فنقول: قبلت أو اختلعت أو نحوه، فلا يصح القبول بالفعل بأن تعطيه القدر، أي قدر العوض الذي التزمته[٩٨٣٨].

وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يصح الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج؛ لأنه تصرف في البُضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ، كالنكاح والطلاق»[٩٨٣٩].

٧٩٦٥ ـ أدلة القول الأول:

أولاً: العرف، وهذا واضح من قول المالكية؛ لأنهم قالوا بجواز الخلع بالمعاطاة بناء على جريان العرف بذلك. ومنهم من علّق الجواز بجريان العرف به. ولا شك أن للعرف الصحيح اعتباراً في الشرع.

ثانياً: واستدلَّ لمن قال بهذا القول من الحنابلة بما رواه إسحاق بن منصور قال: قلت لأحمد كيف الخلع؟ قال: إذا أخذ المال فهي فرقة. وقال إبراهيم النخعي: أخذ المال تطليقة بائنة. وعن علي ـ رضي الله عنه ـ قال: من قبل مالاً على فراق فهي تطليقة بائنة لا رجعة له فيها»[٩٨٤٠] . وفي قصة خلع زوجة ثابت بن قيس جاء فيها قول النبي ﷺ لها: «أتردين عليه

(٩٨٣٦) «المغني» ج٧، ص٥٨.

(٩٨٣٧) «الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير» ج٤، ص٤٢٣.

(٩٨٣٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٩.

(٩٨٣٩) «كشاف القناع» ج٣، ص١٣٠.

(٩٨٤٠) «المغني» ج٧، ص٥٨.

حديقته؟ قالت: نعم. ففرق النبي ﷺ بينهما. وقال: خذ ما أعطيتها ولا تزدد ولم يستدع منه لفظاً»[٩٨٤١]. وأيضاً فإن دلالة الحال تغني عن اللفظ بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك، فعملاه استحقا الأجرة وإن لم يشترط عوضاً»[٩٨٤٢].

ثالثاً: واستدل الزيدية بأن ظاهر اختلاع امرأة ثابت بن قيس يقضي بعدم اشتراط اللفظ في عقد الخلع، وأن المعاطاة كافية في صحة انعقاده ووقوع الخلع وصحته؛ لأن رواية «الموطأ» للامام مالك وأبي داود والنسائي أن رسول الله ﷺ قال: «خذ بعض مالها وفارقها» وفي رواية البخاري: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[٩٨٤٣].

٧٩٦٦ ـ أدلة القول الثاني[٩٨٤٤].

أ: إن الخلع تصرف في البُضع ـ أي في رفع قيد النكاح ـ بعوض فلم يصح بدون اللفظ كعقد النكاح وإيقاع الطلاق.

ب: أخذ المال قبضٌ لعوض، فلم يقم بمجرده مقام الإيجاب كقبض أحد العوضين في البيع.

ج: الخلع إن كان طلاقاً، فلا يقع بدون صريحه أو كنايته. وإن كان فسخاً فهو أحد طرفي عقد النكاح، فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد.

د: وأما حديث قصة خلع جميلة ـ امرأة ثابت بن قيس ـ، فقد رواه البخاري: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» وهذا صريح في اعتبار اللفظ. وفي رواية: «فأمره ففارقها». ومن لم يذكر الفرقة فإنه اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فإن القصة واحدة، والزيادة من الثقة مقبولة، ويدل على ذلك أنه قال: ففرق النبي ـ ﷺ ـ بينهما وقال: خذ ما أعطيتها. فجعل التفريق قبل العوض ونسب التفريق إلى النبي ﷺ ومعلوم أن النبي ﷺ لا يباشر التفريق، فدلَّ على أن النبي ﷺ أمر به، ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ؛ لأنه معلوم منه.

(٩٨٤١) «المغني» ج٧، ص٥٨.

(٩٨٤٢) «المغني» ج٧، ص٥٨.

(٩٨٤٣) «الروض النضير في فقه الزيدية» ج٤، ص٤٢٤.

(٩٨٤٤) «المغني» ج٧، ص٥٨-٥٩.

٧٩٦٧ ـ القول الراجح:

والراجح قول المانعين من صحة الخلع بالمعاطاة لما استدلوا به. وأما قول المالكية بالجواز إذا جرى به العرف، فالجواب: أن العرف الصحيح وإن كان له اعتبار في الشرع ولكن لا ينبغي التعويل عليه هنا؛ لأن الخلع أمر خطير؛ لأن فيه قطع الرابطة الزوجية وإيقاع البينونة بين الزوجين وحصول الحرمة بينهما بعد الحلّ، وكل هذا يقتضي الاحتياط في وقوعه باشتراط اللفظ في انعقاده كما هو شرط في ابتداء النكاح.

الفرع الثاني

الصيغة بالالفاظ

«صيغة الخلع اللفظية»

٧٩٦٨ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

قالوا، ألفاظ الخلع خمسة: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، طلقي نفسك على كذا. ويزاد على هذه الألفاظ: لفظ البيع والشراء كبعتُ نفسك أو طلاقك على كذا. وقالوا: والواقع بلفظ الخلع أو بلفظ بيع النفس أو بلفظ المبارأة، الواقع بهذه الألفاظ: طلاق بائن ولو بلا مال، أي ولو بدون ذكر عوض الخلع، ولكن بشرط أن ينوي به الطلاق؛ لأنه من ألفاظ الكنايات فيقع به الطلاق مع النيّة وكذلك يقع طلاق بائن بصيغة الطلاق الصريح على حال، أما إذا كان بلا مال، أو إذا بطل وجوب المال إذا ذكر المال، فإن الواقع به طلاق رجعي[٩٨٤٥].

٧٩٦٩ ـ ثانياً: مذهب الشافعية[٩٨٤٦]:

عندهم ألفاظ الخلع أو صيغه هي: لفظ (الخلع) والفرقة بهذا اللفظ طلاق على القول الأصح، وأن لفظ (الخلع) وما اشتق منه صريح في الطلاق، فلا يحتاج معه لنيّة؛ لأنه تكرر على لسان حملة الشرع لارادة إيقاع الفرقة به بين الزوجين. وظاهره أن لا فرق بين أن يذكر مع لفظ (الخلع) مالٌ أم لا. ولكن الأصح، كما جاء في «الروضة»، أن الخلع والمفاداة إن ذكر مع هذين اللفظين مال فهما صريحان في الطلاق؛ لأن ذكر المال يشعر بالبينونة. فإن لم يذكر المال فهما كنايتان في الطلاق. ولفظ (المفاداة) كلفظ (الخلع) في كونها من الألفاظ الصريحة

(٩٨٤٥) «الدر المختار وردّ المحتار» ج٣، ص٤٤٣.

(٩٨٤٦) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٩٧ـ٣٩٨، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٨.

في الطلاق على القول الأصح في المذهب. وعلى هذا، إذا جرى الخلع بأحد هذين اللفظين بغير ذكر مال كأن قال لزوجته: خالعتك أو فاديتك بنيّة التماس قبولها، ولم ينو العوض فقبلت، بانتْ، أي وقع طلاق بائن ووجب مهر المثل للزوج على زوجته في القول الأصح عند الشافعية محتجين باطراد الفرق بجريان ذلك بعوض، فإذا لم يذكر العوض صراحة، فيجب الرجوع إلى مهر المثل؛ لأن إليه المردّ كالخلع بمجهول. فمجرد ذكر لفظ (الخلع) لا يوجب عوضاً للزوج المخالع وإنما يجب به لمهر المثل بالقيود التي ذكرناها. وعلى هذا، فإن الخلع يقع بصرائح الطلاق أي بالألفاظ الصريحة فيه، كما يقع الخلع بكنايات الطلاق مع النيّة بناء على أنه طلاق.

٧٩٧٠ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

يسمى المالكية الطلاق على مال خلعاً، ومن الخلع عندهم إيقاع الطلاق بلفظ الجمع وما في معناه، ولو بدون عوض حيث يقع طلاق بائن. ومن هذه الألفاظ التي هي في معنى (الخلع) الصلح والابراء والافتداء، كما لو قال لها: صالحتك، أو أنا مصالح لك أو أنت مصالحة، أو أنا مبريك، أو أنت مبرأة، أو أنا مفتد منك أو أنت مفتداة[٩٨٤٧].

٧٩٧١ ـ وهذه الألفاظ: الخلع وما في معناه، توجد بعض الفروق فيما بينهما بالنسبة لما تبـذله المرأة، فقد قال الفقيه ابن رشد المالكي في «بداية المجتهد»: «واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها. إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها. والصلح بعضه والغاية بأكثره، والمبارأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه»[٩٨٤٨]. وقال الإمام القرطبي في «تفسيره»: «المختلعة هي التي تختلع من كل الذي لها على زوجها. والمفتدية أن تفتدي ببعضه ـ أي ببعض مالها على زوجها ـ وتأخذ بعضه. والمبـارئة هي التي بارأت زوجها من قبل أن يدخل بها فتقول: قد أبرأتك فبارئني، هذا قول مالك. وروى عيسى بن دينار عن مالك: المبارئة هي التي لا تأخذ شيئاً ولا تعطي. والمختلعة هي التي تعطي ما أعطاها وتزيد من مالها، والمفتدية هي التي تفتدي ببعض ما أعطاها وتزيد من مالهـا، والمفتدية هي التي تفتدي ببعض ما أعطاها وتمسك بعضه، وهذا كله يكون قبل الدخول. والمصالحة مثل المبارئة[٩٨٤٩].

(٩٨٤٧) «الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٣٥١.

(٩٨٤٨) «بداية المجتهد» لابن رشد، ج٢، ص٥٥.

(٩٨٤٩) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٤٥-١٤٦.

٧٩٧٢ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة:

عندهم ألفاظ الخلع تنقسم إلى صريح، وكناية. والصريح ثلاثة ألفاظ هي: (خالعتك)؛ لأنه ثبت له العرف. و(المفاداة)؛ لأنه ورد به القرآن بقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، و(فسخت نكاحك)؛ لأنه حقيقة فيه.. فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع الخلع من غير نية. وما عدا هذه الألفاظ مثل: بارأتك، وأبنتك، فهو كناية؛ لأن الخلع أحد نوعي الفرقة، فكان له صريح وكناية كالطلاق(٩٨٥٠).

٧٩٧٣ ـ وإذا طلبت الزوجة الخلع وبذلت العوض فأجابها الزوج بصريح الخلع أو كنايته صحَّ من غير نيّة؛ لأن دلالة الحال من سؤال المخالعة وبذل العوض صارفة إليه فأغنى عن النيّة فيه. وإن لم يكن هناك دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نيّة سواء قلنا هو نسخ أو طلاق. ولا يقع بالكناية إلا بنيّة ممن تلفظ به منهما ـ أي من الزوجين ـ مثل كنايات الطلاق مع صريحه(٩٨٥١).

٧٩٧٤ ـ خامساً: مذهب الجعفرية:

جاء في «الروضة البهية في فقه الجعفرية»: «وصيغة الخلع أن يقول الزوج: خلعتك على كذا، أو أنت مختلعة على كذا، أو خلعت فلانة، أو هي مختلعة على كذا، ثم يتبعه بالطلاق على الفور فيقول بعد ذلك: أنت طالق، في القول الأقوى، وقيل: يقع بمجرده من غير إتباعه به(٩٨٥٢). وفي «منهاج الصالحين»: «يقع الخلع بقوله: «أنت طالق على كذا، وفلانة طالق على كذا، وبقوله خلعتك على كذا، أو أنت مختلعة على كذا، أو فلانة مختلعة على كذا، وإن لم يلحق بقوله: أنت طالق أو هي طالق، وإن كان الأحوط إلحاقه به. ولا يقع الطلاق بالتقايل بين الزوجين»(٩٨٥٣). ومن ألفاظ الخلع عندهم «المباراة»، وقد قالوا عن هذا اللفظ: «المباراة كالخلع وتفترق عنه بأن الكراهة فيها منهما ـ أي من الزوجين ـ جميعاً، وبلزوم إتباعها بالطلاق فلا يجزىء بقوله: بارأتك، أو بارأت زوجي على كذا، حتى يقول: أنت طالق، أو هي طالق. ولا يجوز في الفدية فيها أن تكون أكثر من المهر»(٩٨٥٤).

(٩٨٥٠) «المغني» ج٧، ص٥٧.

(٩٨٥١) «المغني» ج٧، ص٥٧.

(٩٨٥٢) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٦٣.

(٩٨٥٣) «منهاج الصالحين» للسيد محسن الحكيم، ج٢، ص١٧٣.

(٩٨٥٤) «منهاج الصالحين» للسيد محسن الحكيم، ج٢، ص١٧٦.

٧٩٧٥ ـ سادساً: مذهب الزيدية:

وعندهم لفظ (الخلع)، وكذا (المبارأة) كناية في الطلاق ولو ذكر مع لفظه العوض. فإذا قال: خالعتك أو بارأتك على كذا فهو كناية طلاق بخلاف قوله: طلقتك، أو أنت طالق على كذا فإنه صريح طلاق. وعند بعض الزيدية أن لفظ الخلع والمبارأة صريح في الطلاق[٩٨٥٥].

٧٩٧٦ ـ سابعاً: مذهب الظاهرية:

قال الظاهرية: الخلع هو الافتداء، وللزوجة أن تفتدي من زوجها ويطلّقها إن رضي هو..»[٩٨٥٦]. ويبدو من هذا القول أن الظاهرية لا يشترطون لفظاً معيناً لصيغة الخلع، فكل فرقة على مال تعتبر عندهم خلعاً، سواء كانت بلفظ الطلاق أو الخلع أو الافتداء.

٧٩٧٧ ـ القول الراجح:

والراجح، عدم اشتراط لفظ معين ولا صيغة معينة لصحة إيقاع الخلع، فكل فرقة بعوض وتراضٍ بين الزوجين هي صيغة صحيحة للخلع، سواء كانت بلفظ (الخلع) أو: بلفظ (الطلاق) أو بغيرهما. قال شيخ الاسلام ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ: «الخلع هو الفرقة بعوض، فمتى فارقها بعوض فهي مفتدية لنفسها به، وهو خالع لها بأي لفظ كان؛ لأن الاعتبار في العقود بمعانيها لا بالألفاظ. وقد ذكرنا وبيّنا أن الآثار الثابتة في هذا الباب عن النبي ـ ﷺ ـ، وعن ابن عباس وغيره تدل دلالة بيّنة أنه خلع وإن كان بلفظ الطلاق..»[٩٨٥٧].

المطلب الرابع

العوض (عوض الخلع)

٧٩٧٨ ـ تمهيد:

قلنا إن من أركان عقد الخلع: العوض، وهو ما تلتزم الزوجة ببذله إلى الزوج وينعقد عليه عقد الخلع. وهذا يعني أن عقد الخلع لا يصح بدونه. ولكن ليس هذا محلّ اتفاق بين الفقهاء؛ لأن بعضهم لا يشترط العوض لصحة عقد الخلع فضلاً عن أن يجعله ركناً له ـ كما سنبينه فيما

(٩٨٥٥) «شرح الأزهار» ج٢، ص٤٥٠.

(٩٨٥٦) «المحلى» لابن حزم الظاهري، ج١٠، ص٢٣٥.

(٩٨٥٧) «فتاوى ابن تيمية» طبعة فرج الله كردي، ج٣، ص٣٢-٣٣.

بعد ـ. ثم إذا ذكر العوض في عقد الخلع، فما مدى مشروعيته بذلاً من المرأة وأخذاً له من قبـل الزوج؟ وإذا كان العوض «عوض الخلع» مشروعاً بذلاً وأخذاً فإلى أي مقدار تكون هذه المشـروعية؟ ثم العـوض نفسه متى تشوبه جهالة؟ فهل الشرط فيه أن يكون معلوماً خالياً من شوائب الجهالة أو لا؟ والعوض أنواع، فهل يشترط لصحته أن يكون من نوع معين أم لا؟ والمرأة قد تجعل العوض في الخلع تنازلها عن حقوقها وحقوق طفلها، فهل يصح ذلك منها به.

٧٩٧٩ ـ منهج البحث:

وإذا كان موضوع عوض الخلع يشتمل على هذه المسائل وغيرها، فإننا نرى من الأفضل تقسيم هذا المطلب إلى فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: هل يصبح عقد الخلع بدون عوض.

الفرع الثاني: مدى مشروعية العوض بذلاً وأخذاً.

الفرع الثالث: مقدار العوض.

الفرع الرابع: ما يشترط في العوض (شروط العوض).

الفرع الخامس: نوع العوض.

الفرع الأول

هل يصح عقد الخلع بلا عوض

٧٩٨٠ ـ أولاً: مذهب الحنابلة:

في مذهب الحنـابلة روايتان عن الامام أحمد بن حنبل: **(إحداهما)**: يصح الخلع بغير عوض؛ لأنه قطع للنكاح، فصح من غير عوض كالطلاق؛ ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة إلى فراقه فتسأله فراقها، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع، فصحّ كما لو كان بعوض.

(الرواية الثانية): عن الامام أحمد لا يكون خلع بلا عوض. فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض. فإن تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً؛ لأنه يصلح كناية عن الطلاق. وإن لم ينوِ به الطلاق لم يكن شيئاً[٩٨٥٨].

٧٩٨١ ـ ولكن الـذي استقـر عليه فقهاء الحنابلة المتأخرون هو عدم صحة الخلع بغير

(٩٨٥٨) «المغني» ج٧، ص٦٧.

عوض، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يصح الخلع إلا بعوض؛ لأن العوض ركن فيه، فلم يصح تركه كالثمن في البيع، فإن خالعها بغير عوض لم يقع خلع ولا طلاق؛ لأن الشيء إذا لم يكن صحيحاً لم يترتب عليه كالبيع الفاسد إلا أن يكون بلفظ طلاق أو نيّته أي مع تلفظ الخلع؛ لأنه كناية فيقع طلاقاً رجعياً؛ لأنه طلاق لا عوض فيه فكان رجعياً كغيره؛ ولأنه يصلح كناية عن الطلاق، فإن لم ينو به طلاقاً لم يكن شيئاً»[٩٨٥٩].

٧٩٨٢ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

وعندهم، لا يصح الخلع بدون عوض، فإذا وقع بلفظ (الخلع) وقلنا إنه صريح في الطلاق، وهو القول الأظهر في المذهب، ولم يذكر عوضاً ـ بدل الخلع ـ كأن قال لزوجته: خالعتك، أو فاديتك، ونوى التماس قبولها، فقبلت بانت ووجب للزوج مهر مثلها في الأصح لإطراد العرف بجريان ذلك بعوض، فرجع عند الإطلاق إلى مهر المثل؛ لأن إليه المردّ كالخلع بمجهول. ولو نفى العوض فقال لزوجته: خالعتك بلا عوض، وقع طلاقاً رجعياً. وعلى القول بأن لفظ الخلع من الكنايات فإنه يقع به مع النيّة طلاق رجعي[٩٨٦٠].

٧٩٨٣ ـ ثالثاً: مذهب الحنفية:

يصح عندهم الخلع بلا ذكر العوض، فقد قالوا: لو قال لها خالعتك، أو قال لها: اختلعي، ولم يذكر مالاً فقبلت الزوجة وقع الخلع صحيحاً مسقطاً للحقوق المتعلقة بالزوجية. ولكن لو قال لها: (خلعتكِ) بلا ذكر المال ناوياً الطلاق وقع طلاق بائن؛ لأن لفظ (خلعتك) من كنايات الطلاق فيقع به بائناً دون توقف على قبول الزوجة، ولكن لا يسمى هذا خلعاً شرعياً، بل هو طلاق بائن غير مسقط للحقوق المتعلقة بالزوجية[٩٨٦١].

٧٩٨٤ ـ رابعاً: مذهب المالكية:

لا يشترط عندهم ذكر العوض لصحة الخلع، فالخلع يصح بعوض وبغير عوض، والواقع به في الحالتين طلاق بائن، فقد جاء في «الشرح الصغير» للدردير: «يجوز الخلع، وهو طلاق بعوض أو بلفظه أي الخلع ولو لم يكن في نظير شيء كأن يقول لها: خالعتك، أو أنت مخالعة، وهو ـ أي الخلع ـ بنوعيه طلاق بائن[٩٨٦٢].

(٩٨٥٩) «كشاف القناع» ج٣، ص١٣٠.

(٩٨٦٠) «مغني المحتاج في فقه الشافعية» ج٣، ص٢٦٨، المغني، ج٧، ص٦٧.

(٩٨٦١) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٤٠.

(٩٨٦٢) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤١.

٧٩٨٥ ـ خامساً: مذهب الجعفرية:

يشترط عندهم ذكر العوض لصحة الخلع، فقد جاء في «منهاج الصالحين»: يشترط في الخلع الفدية ـ أي عوض الخلع ـ ويعتبر فيها أن تكون مما يصح تملكه...»[٩٨٦٣]. وفي «الأحكام الجعفرية» للحلّي: «العوض شرط في الخلع وبدونه لا يقع صحيحاً إن لم يتبع بلفظ الطلاق، وإن أتبع به فإن كانت المرأة مدخولاً بها وقع الطلاق رجعياً، وإلا فهو طلاق بائن»[٩٨٦٤].

٧٩٨٦ ـ سادساً: مذهب الزيدية:

قالوا في شروط الخلع: أن يكون الخلع معقوداً على عوض: مال أو ما في حكمه» ثم قالوا: «وإذا اختل شيء من القيود التي اعتبرت في الخلع فإنه يصير مختله رجعياً ـ أي طلاقاً رجعياً ـ، وذلك نحو أن يطلّقها بعوض غير مال...»[٩٨٦٥].

الفرع الثاني

مدى مشروعية العوض بذلاً وأخذاً

٧٩٨٧ ـ تمهيد:

لا خلاف في مشروعية ذكر العوض في عقد الخلع وإن كان الخلاف في كونه ركناً فيه. ولكن هل يكفي ذكر العوض في عقد الخلع للقول بمشروعية بذله من قبل الزوجة، ومشروعية أخذه من قبل الزوج؟ وقد يبدو هذا السؤال غريباً لأول وهلة؛ لأن الزوجين رضيا بالعوض تبذله الزوجة ويأخذه الزوج، واتفقا على ذلك، فما وجه السؤال عن مشروعيته بذلاً وأخذاً؟ والجواب: أن من أصول الشريعة أن حلّ الشيء أو مشروعيته لا تستفاد دائماً من مجرد الاتفاق والتراضي عليه من قبل ذوي الشأن بهذا الشيء، وإنما تستفاد حلّية الشيء من حكم الشرع بمشروعيته وحلّيته، ألا يرى أن عقود الربا تعتبر باطلة وحراماً وإن تمت برضا أطراف هذه العقود؟

٧٩٨٨ ـ حالات بذل العوض وأخذه:

إن استقراء النصوص الواردة في الخلع يظهر لنا أن حالات الخلع ليست واحدة فبعضها

(٩٨٦٣) «منهاج الصالحين» للسيد محسن الحكيم، ج٢، ص١٧٣.

(٩٨٦٤) «الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية» للشيخ عبد الكريم الحلبي، ص٧١، م٢٧٥.

(٩٨٦٥) «شرح الأزهار» ج٢، ص٤٣٤، ٤٥٠-٤٥١.

يحلّ فيها للزوجة بذل العوض، ويحلّ فيها للزوج أخذ هذا العوض، وفي حالات أخرى لا يحلّ ذلك ـ أي لا يحلّ للزوج أخذه. فلا بدّ من ذكر هذه الحالات في ضوء ما ورد في القران الكريم والسنة النبوية المطهرة وبيان ما يحلّ وما لا يحلّ من بذل العوض أو أخذه في هذه الحالات.

٧٩٨٩ ـ الحالة الأولى: عضل الزوج زوجته:

قال الله جلّ جلاله: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾(٩٨٦٦) ومعنى العضل: الحبس والتضييق والمنع والشدة والإضرار(٩٨٦٧). ومن أقوال المفسرين في هذه الآية الكريمة، ما يأتي:

(أ) قال الامام ابن كثير: ﴿ولا تعضلوهن﴾ أي لا تضاروهن في العِشرة لتترك ما أصدقتها ـ أي ما أعطيتها من مهر ـ أو بعضه أو حقاً من حقوقها عليك أو شيئاً من ذلك على وجه القهر لها والإضرار بها. ﴿لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ يعني الرجل تكون له المرأة وهو كاره لصحبتها، ولها عليه مهر فيضرها لتفتدي به. وكذا قال الضحاك وقتادة وغير واحد واختاره ابن جرير ـ رحمه الله تعالى ـ(٩٨٦٨).

(ب): وفي «تفسير المنار» في تفسير هذه الآية: «وقد حرّم الله المضارة لأجل أن يأخذ الرجل منها ـ أي من زوجته ـ بعض ما كان آتاها من صداق أو غيره، فعلم منه أن المضارة لأخذ جميع ذلك أو أكثر منه حرام بالأولى..»(٩٨٦٩).

(ج) ـ: وبهذا التفسير الذي قاله ابن كثير وصاحب «تفسير المنار» للآية الكريمة: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ...﴾ إلخ، قال أيضاً المفسرون الآخرون كالجصاص والرازي والزمخشري مع اختلاف في العبارات، ولكن المعنى المقصود من الآية الكريمة معنى واحد(٩٨٧٠).

٧٩٩٠ ـ هل يحرم البذل والأخذ في حالة العضل؟

والمستفاد من نصّ الآية الكريمة: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ ...﴾،

(٩٨٦٦) [سورة النساء، الآية ١٩].

(٩٨٦٧) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٤٩٠، «تفسير ابن كثير» ج١، ص٤٦٥، «تفسير المنار» ج٤، ص٤٥٤.

(٩٨٦٨) «تفسير ابن كثير» ج١، ص٤٦٥.

(٩٨٦٩) «تفسير المنار» للمرحوم رشيد رضا، ج٤، ص٤٥٦.

(٩٨٧٠) «تفسير الجصاص» ج٢، ص١٠٩، «تفسير الزمخشري» ج١، ص٤٩٠، «تفسير الرازي» ج١٠، ١.

ومن أقوال المفسرين فيها والتي ذكرنا بعضها، أنه يحرم على الزوج أن يرتكب ما نهت عنه الآية الكريمة ـ وهو عضل الزوج لزوجته، لأجل أن يأخذ منها الفداء. وإذا حرّم عليه العضل حرّم عليه أخذ ما تبذله الزوجة له من مال لتفتدي به وتتخلص من عضل الزوج لها.

٧٩٩١ ـ ولكن هل يحرم على الزوجة بذل المال ـ العوض ـ في سبيل اختلاعها من زوج؟ الظاهر لي، أن البذل غير محظور على الزوجة في هذه الحالة؛ لأنها في حكم المكرهة والمضطرة، وحالتها حالة ضرورة أو لها حكم ضرورة، والضرورات تبيح المحظورات؛ ولأن الآية الكريمة تخاطب الأزواج بمنع عضل زوجاتهم ليأخذوا منهن ما أعطوه لهن من مهور أو غيرها، عن طريق المخالعة دون أن تشير الآية الكريمة بتوجيه معين إلى الزوجات بشأن العوض وبذله للأزواج للتخلص من عضلهم لهن، ما يدل على أن ما تبذله الزوجة لزوجها في حالة العضل للتخلص من عضله، هذا البذل يخضع لأحكام الشريعة العامة في حالة الإكراه أو الإضطرار، وهو ما قلناه من إباحة البذل في حقها في هذه الحالة.

٧٩٩٢ ـ أقوال الفقهاء في حالة العضل:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ فأما إن عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقَسْم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت، فالخلع باطل والعوض مردود، روي ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي، والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب والزهري، وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي وإسحاق. وقال أبو حنيفة: العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاصٍ»[٩٨٧١].

وفي «كشاف القناع»: وإن عضلها ظلماً لتفتدي نفسها، فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها»[٩٨٧٢].

٧٩٩٣ ـ والحجة للجمهور في بطلان الخلع والعوض الآية الكريمة: **﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ..﴾**؛ ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حقّ، فلم يستحقه الأزواج فلا يحلّ لهم أخذه»[٩٨٧٣]. وقال الإمام مالك: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا، وهو إن كان النشوز من قبل الزوج بأن يضيق على امرأته ويضرها ردّ عليها ما أخذ منها»[٩٨٧٤].

(٩٨٧١) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص٥٤ـ٥٥.

(٩٨٧٢) «كشاف القناع» في فقه الحنابلة، ج٣، ص١٢٦.

(٩٨٧٣) «المغني» ج٧، ص٦٥٥، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣، ٦.

(٩٨٧٤) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٣٩.

٧٩٩٤ ـ وذهب المالكية إلى مدى بعيد في تحريم أخذ الزوج العوض وإبطال استحقاقه له، وحقّ الزوجة في استرداد ما دفعته له ولو جرى الخلع بينها وبينه على إسقاط حقّها في إقامة البيّنة على أنها لم تدفع له العوض إلا للخلاص من عضله وإضراره بها، فقد جاء في الشرح الصغير للدردير في فقه المالكية: «ولها أي للزوجة، حيث خالعت زوجها بمال وادّعت أنها إنما خالعته لضرر منه يجوز التطليق به، رُدّ المال الذي أخذه الزوج منها إن أقامت بيّنة تشهد لها على الضرر ولو بسماع بأن تقول البيّنة ـ أي الشهود ـ لم نزل نسمع أنه يضارها، وإن أسقطت القيام بها بأن قال لها أنا أخالعك بشرط أن تسقطي حقّك من القيام ببيّنة الضرر فوافقته، فلها أن تقيمها بعد الطلاق وتأخذ منه المال الذي دفعته له على الأصح؛ لأن الضرر يحملها على ذلك قهراً، فلا يعمل بالتزامها لذلك، وبانت منه»[٩٨٧٥].

٧٩٩٥ ـ الراجح في حالة العضل:

والراجح في حالة العضل، أن الفرقة تقع بهذا الخلع الواقع في حالة عضل الزوج زوجته، وهو ما صرّح به المالكية، خلافاً لما قاله الحنابلة من بقاء النكاح كما جاء في «كشّاف القناع»؛ لأن المخالعة يقع بها طلاق بائن، أو فسخ، وفي الحالتين تقع الفرقة والبينونة، وتتخلص الزوجة من إضرار الزوج بها. أما العوض الذي بذلته الزوجة، فهذا لا يستحقه الزوج لنهيه عن ذلك بالآية الكريمة: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ..﴾ والنهي يقتضي الفساد[٩٨٧٦]؛ ولأنها لم تبذل له المال إلا لعضله، وهو بهذا العضل ظالم لها معتد عليها، فيجب أن نفوت عليه غرضه فنبطل استحقاقه العوض ونلزمه بردّه إلى الزوجة إن كان قد تسلمه منها، ونمكّنها من إقامة البيّنة على عضله كما قال المالكية ولو اشترط عليها إسقاط حقّها في ذلك.

٧٩٩٦ ـ استثناء من حالة العضل، ودلالة القرآن عليه:

وإذا كان ممنوعاً ومحرماً على الزوج أن يعضل زوجته لأخذ الفداء منها، فإن لهذا الحظر استثناءاً أشارت إليه الآية الكريمة، وهي قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾، قال الإمام ابن كثير: قال ابن مسعود وآخرون معه يعني بذلك الزنى. وقال ابن عباس وآخرون: الفاحشة المبيّنة: النشوز والعصيان. واختار ابن جرير أنه يعم ذلك كلّه: الزنى والعصيان والنشوز وبذاء اللسان وغير ذلك. يعني أن هذا كلّه يبيح مضاجرتها حتى تبرئه من حقّها أو بعضه ويفارقها»[٩٨٧٧]. وفي «تفسير المنار»: «والمعنى: لا تعضلوهن في حال من الأحوال إلا في

(٩٨٧٥) «الشرح الصغير» للدردير ج١، ص٤٤٥ـ٤٤٦.

(٩٨٧٦) «كشاف القناع» ج٣، ص١٢٧.

(٩٨٧٧) «تفسير ابن كثير» ج١، ص٤٦٦.

الحال الذي يأتين فيه بالفاحشة المبيّنة دون الظنة والشبهة، فإذا نشزت عن طاعتكم بالمعروف المشروع وساءت عِشْرتهن لذلك، أو تبين ارتكابهن للزنى فلكم حينئذٍ أن تعضلوهن؛ لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن من صداق وغيره. .»[9878].

٧٩٩٧ ـ وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فإن أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت صحَّ الخلع لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ والاستثناء من النهي إباحة»[9879].

٧٩٩٨ ـ الحالة الثانية: كراهية الزوج لزوجته:

قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَردتُم استبدالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً، فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيئاً. .﴾[9880]. قال الإمام الجصاص في تفسير هذه الآية: «وظاهر هذه الآية تمنع الزوج أخذ شيء مما أعطاها إذا كان النشوز من قبله؛ لأن قوله تعالى: ﴿وإنْ أردتُم استبدالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ. . .﴾. يدل على أن الزوج هو المريد للفرقة دونها»[9881]. وقال الإمام الرازي في تفسيرها: «أنه تعالى في الآية الأولى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ لما أذن تعالى في مضارة الزوجات إذا أتين بفاحشة، بيّن في هذه الآية تحريم المضارة في غير حال الفاحشة، فقال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُم اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ. .﴾ وروي أن الرجل إذا مال إلى التزوج بامرأة أخرى رمى زوجته بالفاحشة حتى يلجئها إلى الافتداء منه بما أعطاها ليصرفه إلى المرأة التي يريدها»[9882]. وفي «تفسير المنار»: أي إن أردتم استبدال زوج جديدة ترغبون فيها مكان زوج سابقة ترغبون عنها؛ لكراهتكم لها وعدم طاقتكم الصبر على معاشرتها بالمعروف، ويه لم تأت بفاحشة مبيّنة، وقد آتيتم إحداهن قنطاراً من المال أي مالاً كثيراً، فلا تأخذوا منه شيئاً؛ لأنكم إنما تستبدلون غيرها بها لأجل هواكم وتمتعكم بغير ذنب شرعي منها يبيح لكم أخذ شيء منه، كأن تكون هي المطالبة لفراقكم المسيئة إليكم. .»[9883].

(٩٨٧٨) «تفسير المنار» ج٤، ص٤٥٥.

(٩٨٧٩) «المغني» ج٧، ص٥٥.

(٩٨٨٠) [سورة النساء، الآية ٢٠].

(٩٨٨١) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٢، ص١١١.

(٩٨٨٢) «تفسير الرازي» ج١٠، ص١٣.

(٩٨٨٣) «تفسير المنار» ج٤، ص٤٥٨.

٧٩٩٩ ـ ما يفهم من القرآن بشأن الحالة الثانية:

والذي يفهم من الآية الكريمة: ﴿**وَإِنْ أَردتُم استبدَالَ زَوجٍ مَكانَ زَوجٍ وآتيتُم إحداهُنَّ قِنطاراً، فلا تَأْخذُوا مِنهُ شَيْئاً**. .﴾ وما يفهم من أقوال المفسرين فيها، أنها تشير إلى الزوج يرغب في الزواج بامرأة أخرى ويرغب عن زوجته التي لا يريد بقاءها زوجة له، بل يريد مفارقتها وإحلال غيرها مكانها، وهو يريد أن يحملها على مفارقته عن طريق الخلع بأن تبذل له شيئاً من مالها لقاء أن يطلِّقها. فهي غير كارهة له ولا ناشزة ولا راغبة في مفارقته وإنما هو الراغب في ذلك. ومن الواضح أن كراهته لها ورغبته في مفارقتها تظهر في تصرفاته معها كأن لا يوفيها حقّها من الوطء، أو لا يحسن معاشرتها مما يجعلها تحس بأن زوجها راغب عنها وكاره لها، وهذا يحملها على طلب المخالعة معه على مال تبذله لها وهذا هو ما يريده الزوج. فالآية الكريمة تحذره من ذلك وتمنعه منه، وتحرم عليه أخذ شيء من مالها بهذا الأسلوب المنافي لما حصل بينهما من مخالطة وحياة زوجية بسبب النكاح الشرعي.

٨٠٠٠ ـ وجه الفرق بين هذه الحالة والحالة الأولى:

وهنا يمكن أن يسأل البعض عن الفرق بين هذه الحالة وبين الحالة الأولى التي فيها عضل الزوج لزوجته بقوله تعالى: ﴿**وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ**. .﴾ والجواب، كما يبدو، أن هذه الآية الكريمة تشير إلى حالة من الإضرار بالزوجة لا يصل فيها الزوج إلى درجة «العضـل» التي أشارت إليها الآية الكريمة ﴿**وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ**. . .﴾ وإنما يكون الزوج فيها في درجة أو في حالة هي أدنى من درجة «العضل» ومع هذا فإن الزوجة تؤذيها هذه الحالة من زوجها لما فيها من أذى لها وضرر بها مما يحملها على بذل المال للخلاص منها، فيكون البذل منها جائزاً، فيكون الأخذ من الزوج محظوراً كما في حالة عضل الزوج لها.

٨٠٠١ ـ قول الحنفية في أخذ الزوج المال المبذول في هذه الحالة:

وقـال الحنفية يجـوز للزوج أخـذ المـال المبـذول من الزوجة عوضاً عن خلعها ـ أي طلاقها ـ، وهذا الجواز في أحكام الدنيا وإن كان الأخذ حراماً ديانة، فقد جاء في الهداية في فقه الحنفية: «وإن كان النشوز من قبله ـ أي من قبل الزوج ـ يكره له أن يأخذ منها عوضاً لقـولـه تعـالى: **وَإِنْ أَرَدْتُم اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً، فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً**. .﴾؛ ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال»[٩٨٨٤]. وقال الكمال

(٩٨٨٤) «الهداية» ج٣، ص٢٠٣.

بن الهمام صاحب «فتح القدير» على قول «الهداية»: «فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حقّ، وفي إمساكها لا لرغبة، بل إضراراً وتضييقاً ليقتطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها معه، أخذٌ لمالها بغير حقّ، وقال تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا، وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾، فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك ـ أي عن طريق المخالعة ـ فيكون حراماً، إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم ـ أي يحكم بصحة التملك وإن كان بسبب خبيث ـ»[٩٨٨٥].

وقال صاحب «فتح القدير» أيضاً: «فالأخذ حرام في حالة عدم نشوزها وإن كان برضاها، ولو فعل كان أخذه سبباً للتملك كما في البيع وقت النداء لصلاة الجمعة حيث يملك بسبب ممنوع»[٩٨٨٦].

٨٠٠٢ ـ تعقيب على قول الحنفية:

وقول «الهداية»: «وإن كان النشوز من قبل الزوج يكره له أن يأخذ منها عوضاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُم اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ . .﴾ الآية يردّ على قول «الهداية»، أن الأخذ في هذه الحالة حرام في حقّ الزوج وليس بمكروه ـ الذي هو أدنى من الحرام ـ، وتحريم الأخذ هو ما صرح به الكمال ابن الهمام صاحب «فتح القدير» في تعقيبه على قول «الهداية» ولما احتج به. وأضيف إلى احتجاجه أن الآية الكريمة ـ آية استبدال زوج مكان زوج ـ نفسها تدل على تحريم الأخذ، فهذه الآية نصّها: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُم اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكانَ زَوجٍ وَآتَيتُمْ إِحداهُنَّ قِنطاراً، فَلَا تَأْخُذُوا مِنهُ شَيئاً. أتأْخُذُونَهُ بُهتَاناً وَإِثماً مُبيناً. وكَيْفَ تأْخُذُونهُ وَقدْ أَفْضَى بَعضُكُم إلى بَعضٍ وَأَخذْنَ مِنْكُم مِيثَاقاً غَلِيظاً﴾[٩٨٨٧]. فالآية صريحة في تحريم أخذ الزوج شيئاً مما أعطاه لها عوضاً عن طلاقها في حالة كراهته لها ورغبته عنها. وفي قوله تعالى: ﴿أتأْخُذُونهُ بُهتَاناً وَإِثْماً مُبيناً﴾ استفهام إنكار وتوبيخ على أخذ المال من الزوجة. وفي قوله تعالى: ﴿وكَيْفَ تأْخُذُونهُ وَقدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إلى بَعْضٍ﴾ إنكار آخر لأخذ شيء من مال الزوجة أكّد به الإنكار الأول للتنفير من فعل الزوج بأخذه المال من زوجته بغير ذنب شرعي صدر منها يبيح للزوج أخذ المال منها[٩٨٨٨].

(٩٨٨٥) «فتح القدير» للكمال بن الهمام، ج٣، ص٢٠٣

(٩٨٨٦) «فتح القدير» للكمال بن الهمام، ج٣، ص٢٠٣.

(٩٨٨٧) [سورة النساء، الآيتان ٢٠، ٢١].

(٩٨٨٨) «تفسير المنار» ج٤، ص٤٥٨ـ٤٥٩.

٨٠٠٣ ـ تعقيب أيضاً على قول الحنفية:

ثم قول صاحب «الهداية» وصاحب «فتح القدير» بصحة تملك الزوج ما أخذه من مال الزوجة في أحكام الديانة، وتشبيه صاحب «فتح القدير» ذلك بسبب التملك بالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة يرد على ذلك ما يأتي:

أولاً: إذا كان أخذ الزوج من مال الزوجة حراماً، فهذه الحرمة تبقى ثابتة ولاصقة بالمال المأخوذ، وعلى القاضي أن يحكم بها ويرد المال إلى الزوجة إذا أمكن للزوجة أن تثبت بأنها كانت مكرهة على بذل المال لزوجها؛ للتخلص من إضراره بها، كما قال المالكية ذلك إذا دفعت الزوجة المال للتخلص من عضل الزوج لها. فإذا عجزت عن الإثبات تملك الزوج ما أخذه منها، ولكن يبقى تملكه حراماً في الشرع.

ثانياً: التشبيه بالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة، يرد عليه أن البيع بذاته صحيح وسليم، وأن النهي عنه لأمر خارج عن حقيقة البيع وذاته، بينما النهي أخذ مال الزوجة في حالة النشوز من الزوج، هو نهي لتحريم الأخذ ذاته لكونه أخذاً لمال المسلم بغير وجه حقّ.

٨٠٠٤ ـ الحالة الثالثة: عدم إقامة حدود الله:

قال تعالى: **﴿وَلا يَحلُّ لَكمْ أنْ تأْخُذُوا ممَّا آتيتموهنَّ شَيْئَاً إلاَّ أنْ يَخَافَا ألَّا يُقِيمَا حُدُودَ الله، فَإنْ خِفْتُمْ ألَّا يُقِيمَا حُدُودَ الله فَلا جُنَاحَ عَلَيهِمَا فِيما افتَدَتْ بِهِ. تِلكَ حُدُودُ الله، فلاَ تَعتَدُوهَا، وَمَنْ يَتعَدَّ حُدُودَ الله فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾**[٩٨٨٩]. وقد جاء في تفسير هذه الآية الكريمة: «إن الله تعالى نهى الأزواج أن يأخذوا من نسائهم شيئاً مما آتوهن من مهور وغيرها، وإنما خصّ بالذكر ما أعطى الأزواج نساءهم؛ لأن العرف بين الناس أن يطلب الرجل عند الشقاق مع زوجته ما أعطاها من مهر وجهاز ونحو ذلك، فلذلك خصّ بالذكر. إلا أن تحريم أخذ شيء من الزوجات استثنى منه ما يأخذه الأزواج في الخلع من نسائهم إذا خافوا أن لا يقيموا حدود الله، فقال تعالى: **﴿إلَّا أنْ يَخَافَا ألَّا يُقِيمَا حُدُودَ الله...﴾**»[٩٨٩٠].

٨٠٠٥ ـ تفسير: ﴿إلَّا أنْ يَخَافَا ألَّا يُقِيمَا حُدُودَ الله﴾:

وإذا كان الأخذ من مال الزوجة حراماً، واستثنى منه ما يأخذه الزوج في الخلع من زوجته **﴿إلَّا أنْ يَخَافَا ألَّا يُقِيمَا حُدُودَ الله﴾**، فما معنى الخوف من عدم إقامة حدود الله؟

(٩٨٨٩) [سورة البقرة، الآية ٢٢٩].

(٩٨٩٠) «تفسير القرطبي، أحكام القرآن» ج٣، ص١٣٦-١٣٧.

أ : قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية: «أن يظن كل واحد منهما بنفسه ألّا يقيم حقّ النكاح لصاحبه حسب ما يجب عليه فيه لكراهة يعتقدها»[٩٨٩١].

ب : وقال الزمخشري: «إلا أن يخاف الزوجان ترك إقامة حدود الله فيما يلزمهما من مواجب الزوجية لما يحدث من نشوز المرأة وسوء خلقها»[٩٨٩٢].

جـ : وقال الإمام طاووس ـ كما ينقله عنه الإمام الجصّاص في «تفسيره»: «إلا أن يخافا أن لا يقوما بما افترضه الله على كل واحد منهما في العِشْرة والصحبة»[٩٨٩٣].

٨٠٠٦ ـ خلاصة أقوال المفسرين في الآية:

والخلاصة المستفادة من أقوال المفسرين في معنى هذه الآية: ﴿**إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ**﴾ خوف الزوجين من عدم قيامهما بما أوجبه الله تعالى على كل منهما من حقوق الزوجية نحو الآخر؛ مما يؤدي إلى سوء العشرة والشقاق بدلاً من حسن العِشْرة والوئام. وقد يكون مبعث ذلك بغض الزوجة لزوجها أو سوء خلقها مما يحملها على التقصير في حقّ زوجها. وقد يكون مبعث ذلك بغض كل منهما للآخر أو سوء خلقه مما يحمل كل منهما على التقصير في حقّ الآخر، وقد أشار إلى هذا الإمام الجصّاص[٩٨٩٤].

٨٠٠٧ ـ حلّ البذل والأخذ في هذه الحالة:

فإذا خاف الزوجان أن لا يقيما حدود الله، جاز للمرأة أن تفتدي نفسها من زوجها بما تبذله من مال وجاز للزوج أخذ هذا المال المبذول؛ لقوله تعالى: ﴿**فَإِنْ خِفتمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فلاَ جُناحَ عَليهِما فِيمَا افتدتْ بهِ**..﴾. وبهذا قال المفسرون.

٨٠٠٨ ـ من أقوال المفسرين في حلّ البذل والأخذ:

أولاً: قال الإمام ابن كثير: «وأما إذا تشاقق الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها، ولا حرج عليها في بذلها له، ولا حرج عليه في قبول ذلك منها؛ ولهذا قال تعالى: ﴿**ولاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتيتمُوهُنَّ شَيئاً**..﴾ الآية[٩٨٩٥].

(٩٨٩١) «تفسير القرطبي، أحكام القرآن» ج٣، ص١٣٦-١٣٧.

(٩٨٩٢) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٢٧٤.

(٩٨٩٣) «أحكام القرآن» للجصاص، ج١، ص٣٩١.

(٩٨٩٤) «أحكام القرآن» للجصاص، ج١، ص٣٩٣.

(٩٨٩٥) «تفسير ابن كثير» ج١، ص٢٧٢.

ثانيـاً: وقال الإمام الجصّاص: «فأباح تعالى في هذه الآية الأخذ عند خوفهما ترك إقامة حدود الله وذلك على ما قدمنا من بغض المرأة لزوجها وسوء خلقها، أو كان ذلك منهما فيباح على ما قدمنا من بغض المرأة لزوجها وسوء خلقها، أو كان ذلك منهما فيباح له أخذ ما أعطاها»(٩٨٩٦).

٨٠٠٩ ـ حلّ البذل والأخذ لسبب من الزوجة وحدها:

ذكرنا قول الإمام ابن كثير في حلّ بذل المرأة المال لزوجها، وحلّ أخذ الزوج لهذا المال عوضاً عن حلّ الرابطة الزوجية بالطلاق عن طريق المخالعة، وإذا كانت هي الراغبة في المخالعة لعدم قيامها بحقوق الزوج وبغضها المقام عنده. وقد أشار إلى هذا الإمام الجصّاص وقد نقلنا قوله. فما هي الأدلة على هذا الحلّ من الجانبين؟.

٨٠١٠ ـ الأدلة على حلّ البذل والأخذ بسبب من الزوجة وحدها:

أولاً: من القرآن الكريم:

قال تعـالى: **﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾**. قال المفسـرون في قولـه تعـالى: **﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾** الفاحشة هي نشوز الزوجة وسوء عشرتها. فإذا نشزت حلّ للزوج أن يأخذ منها الفدية ـ أي بدل الخلع وهو العوض ـ؛ لأن النشوز من جهتها»(٩٨٩٧).

٨٠١١ ـ ثانياً: من السنة النبوية:

أخرج الإمام البخاري في صحيحه عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خُلُق ولكن لا أطيقه. فقال رسول الله ﷺ: فتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم» وفي رواية أخرى للبخاري جاء فيها: «فقالت يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله ﷺ أي لثابت: اقبلْ الحديقة وطلقها تطليقة»(٩٨٩٨).

(٩٨٩٦) «أحكام القرآن» للجصاص، ج١، ص٣٩٣.

(٩٨٩٧) «تفسير الـزمخشري، ج١، ص٤٩٠، «أحكام القرآن» للجصاص، ج٢، ص١٠٩، «تفسير القرطبي» ج٤، ص٩٥، «تفسير الرازي» ج١٠، ص١١، تفسير المنار، ج٤، ص٤٥٥-٤٥٦.

(٩٨٩٨) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٣٩٥.

٨٠١٢ ـ وقال الإمام ابن حجر العسقلاني في شرحه لحديث امرأة ثابت بن قيس: «وفي هذا الحديث من الفوائد أن الشقاق إذا حصل من قبل المرأة فقط جاز الخلع والفدية ـ عوض الخلع ـ، ولا يتقيد ذلك بوجوده منهما جميعاً، وأن ذلك يشرع إذا كرهت المرأة عشرة الرجل وصحبته ولو لم يكرهها ولم يرَ منها ما يقتضي فراقها؛ لأن النبي ﷺ لم يستفسر ثابت بن قيس، هل أنت كارهها كما كرهتك أم لا»[9899].

٨٠١٣ ـ ثالثاً: إجماع الفقهاء:

قال ابن قدامة الحنبلي: «إذا كرهت المرأة زوجها لخُلُقه أو خَلْقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك، وخشيت أن لا تؤدي حقّ الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه؛ لقوله تعالى: ﴿**فَإِنْ خِفتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيما افْتَدَتْ بِهِ**..﴾ ولحديث ثابت بن قيس. وبهذا قال جميع الفقهاء، ولا يعرف لهذا القول مخالف من الصحابة»[9900].

٨٠١٤ ـ سؤال عن ظاهر الآية:

وقد يقال: إن ظاهر الآية الكريمة: ﴿**إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ**﴾ أن الشرط لجواز الخلع وحلّ أخذ العوض حصول الشقاق والخوف منهما جميعاً أن لا يقيما حدود الله، فكيف جاز الخلع وحلّ أخذ العوض بسبب من الزوجة فقط بكراهتها له وشقاقها معه، دون مشاركة الزوج لها في ذلك؟ والجواب من وجوه:

٨٠١٥ ـ جواب السؤال: أولاً: جواب الطبري:

أجاب الطبري وغيره عن ظاهر الآية الكريمة بأن المراد من هذه الآية يحصل بشقاق الزوجة وبغضها لزوجها، وذلك أن الزوجة إذا لم تقم بحقوق الزوج التي أمرها الشرع بها إما لبغضها له أو لسوء خلقها معه، كان ذلك منها منفراً للزوج عنها غالباً ومقتضياً لبغضه لها، وعلى هذا نسبت المخافة إليهما لذلك السبب[9901].

٨٠١٦ ـ ثانياً: جواب الرازي:

وأجاب الإمام الرازي بقوله: «قلنا إن سبب هذا الخوف في الآية الكريمة وإن كان أوله من جهة الزوجة، إلا أنه قد يترتب عليه الخوف الحاصل من قبل الزوج؛ لأن المرأة تخاف على

(٩٨٩٩) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٠١.

(٩٩٠٠) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص٥١-٥٢.

(٩٩٠١) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٠١.

نفسها من معصية الله في أمر الزوج وهو يخاف أنها إذا لم تطعه، فإنه يضربها ويشتمها وربما زاد على قدر الواجب، فكان الخوف حاصلاً لهما جميعاً»[٩٩٠٢].

٨٠١٧ ـ ثالثاً: ما يضاف إلى جواب الطبري والرازي:

ويمكن أن نضيف إلى جواب الطبري والرازي ـ رحمهما الله تعالى ـ بأن يقال: إذا جاز الخلع وبذل العوض من قبل المرأة، وجاز أخذه من قبل الزوج عند حصول الشقاق من الزوجين وخوفهما من التقصير في القيام بالحقوق الزوجية، فمن الأولى جواز ذلك إذا كان التقصير والشقاق والكراهية من الزوجة فقط؛ لأن التقصير يكون منها فقط.

٨٠١٨ ـ الحالة الرابعة: حالة الوفاق بين الزوجين:

وإذا كانت الحالة بين الزوجين جيدة، فلا شقاق ولا خصام ولا كراهية بينهما، فمن المكروه عند الحنابلة أن تطلب الزوجة المخالعة من زوجها، ولكن لو فعلت صحّ الخلع، وجاز بذل العوض وأخذه. وهذا في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والأوزاعي والشافعي[٩٩٠٣] وصرح الشافعية بجواز الخلع وصحته في هٰذه الحالة بلا كراهة[٩٩٠٤].

٨٠١٩ ـ وقال بعضهم بتحريم المخالعة في حالة الوئام والوفاق بين الزوجين، فقد قال ابن قدامة الحنبلي في «المغني» وهو يتكلم عن الخلع في حالة الوفاق بين الزوجين: «ويحتمل كلام أحمد تحريمه فإنه قال: الخلع مثل حديث سهلة ـ زوجة ثابت بن قيس ـ التي أخرج البخاري قصة خلعها، تكره زوجها فتعطيه المهر، فهذا الخلع. قال ابن قدامة: فهذا يدل على أنه لا **يكون الخلع صحيحاً إلا في هذه الحال، وهذا** قول ابن المنذر. وقال ابن المنذر: وروي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم»[٩٩٠٥].

٨٠٢٠ ـ قول الظاهرية في هذه الحالة:

وعند الظاهري: «والخلع وهو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقّه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقّها، فلها أن تفتدي منه ويطلّقها إن رضي هو، وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي إنما يجوز بتراضيهما. ولا يحلّ الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين أو باجتماعهما. فإن وقع بغيرهما فهو باطل ويردّ عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت، ويبطل

(٩٩٠٢) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٠٨.

(٩٩٠٣) «المغني» ج٧، ص٥٤.

(٩٩٠٤) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣، ٦.

(٩٩٠٥) «المغني» ج٧، ص٥٤.

طلاقه ويمنع من ظلمها فقط»[9906]. فالمخالعة في حال الوفاق بين الزوجين باطلة، ولا يترتب عليها شيء من الفرقة أو سقوط الحقوق أو تملك العوض.

٨٠٢١ ـ قول الزيدية:

وقال الزيدية إنما يصح الخلع بشروط أربعة.. الشرط الثاني: أن تكون الزوجة وقت الخلع ناشزة عن شيء مما يلزمها له من فعل أو ترك»[9907]، ومعنى ذلك أنه في حالة الوفاق بين الزوجين وقيام كل منهما بحقوق الآخر التي عليه، لا يجوز الخلع عند الزيدية.

٨٠٢٢ ـ قول الجعفرية:

وقال الجعفرية: لا يصح الخلع إلا مع كراهتها له، فلو خالعها والأخلاق ملتئمة ولم تكره، بطل البذل ووقع الطلاق رجعياً[9908]. ومن الواضح أن البذل إذا بطل لم يحلّ للزوج أخذ المال المبذول له.

وفي «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «لو خالعها والأخلاق ملتئمة لم يصح الخلع ولا يملك، أي الـزوج، الفدية أي عوض الخلع[9909].

٨٠٢٣ ـ حجة الجمهور في جواز الخلع، في حالة الوفاق بين الزوجين:

احتج الجمهور لقولهم بجواز الخلع في حالة الوفاق بين الزوجين، بقوله تعالى: **﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾**[9910]. وجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أنه إذا جاز للزوجة أن تهب مهرها من غير أن تحصل لنفسها شيئاً بإزاء ما بذلته، كان جواز بذل مالها في الخلع، وبه تملك حريتها وتتخلص من قيد الزوجية أولى. وأما قوله تعالى: **﴿وَلاَ يَحلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذوا مِمَّا آتيتُموهُنَّ شَيئاً إلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ﴾** فإن كلمة (إلّا) الواردة في هذه الآية محمولة على الاستثناء المنقطع كما في قوله تعالى: **﴿وَمَا كَانَ لِمُؤمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤمِناً إلاَّ خَطَأً﴾** أي لكن إن كان خطأً **﴿فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أَهْلِهِ﴾**[9911]، كما احتجوا بأن هذه الآية: **﴿فَإِنْ طِبْنَ**

(٩٩٠٦) «المحلى» ج١٠، ص٢٣٥.

(٩٩٠٧) «شرح الأزهار» ج٢، ص٤٣٦.

(٩٩٠٨) «الروضة البهيةب شرح اللمعة الدمشقية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٦٥.

(٩٩٠٩) «شرائع الإسلام في فقه الجعفرية» ج٣، ص٥٥.

(٩٩١٠) [سورة النساء، الآية ٤.]

(٩٩١١) «تفسير الرازي» ج٦، ص١٠٧.

لَكُمْ عَنْ شَيءٍ . . ﴾ أباحت للزوجة بذل مالها وهبته دون قيد أو شرط وجود الشقاق منها مع زوجها أو كراهتها له.

٨٠٢٤ ـ حجة من لم يجز الخلع في حالة الوفاق بين الزوجين:

ومن لم يجز الخلع في حال وفاق الزوجين وعدم الشقاق والكراهية بينهما، وبالتالي لا يصح البذل ولا الأخذ، احتج من قال بهذا القول بما يأتي:

أولاً: إن الله تعالى حرّم على الأزواج أن يأخذوا شيئاً مما أعطوا نساءهم، وأباح لهم الأخذ في حالة واحدة فقط هي الواردة في قوله تعالى: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾، وليس حالة الوئام والوفاق بين الزوجين داخلة في حالة إباحة الخلع وأخذ العوض عنه[٩٩١٢].

ثانياً: الاحتجاج بالآية الكريمة: ﴿**فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً**﴾ على جواز الخلع وبذل المال بلا نشوز من الزوجة ولا من الزوج احتجاج غير سليم؛ لأن هذه الآية تتعلق بهبة الزوجة مهرها أو بعضه إلى زوجها والرابطة الزوجية قائمة والحالة بين الزوجين جيدة، فلا تنطبق هذه الآية على حال المخالعة والفراق[٩٩١٣].

ثالثاً: وقال ابن قدامة الحنبلي مبيّناً حجة من قال بعدم جواز الخلع في حالة الوفاق بين الزوجين: «وذلك؛ لأن الله تعالى قال: ﴿**وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتيتُموهُنَّ شَيئاً إلاَّ أنْ يَخافَا أَلاَّ يُقِيما حُدُودَ اللهِ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلا جُنَاحَ عَليهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ فدلّ بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف. ثم غلّظ ذلك بالوعيد فقال: ﴿**تِلكَ حُدودُ اللهِ فلاَ تَعتدُوهَا، ومنْ يَتعدَّ حُدودَ اللهِ فأُولئك همُ الظَّالِمُونَ**﴾ وروى ثوبان قال، قال رسول الله ﷺ: «أيّما امرأةٍ سألت زوجَها الطلاقَ من غير ما بأسٍ، فحرامٌ عليها رائحةُ الجنّةِ»، وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة؛ ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة، فيحرم لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٩٩١٤]. وواضح من هذا الاحتجاج الذي ساقه ابن قدامة أن البذل في المخالعة حالة الوئام والوفاق بذل محظور لا يجوز الإقدام عليه، ولا على سببه وهو الخلع.

(٩٩١٢) «الروض النضير في فقه الزيدية» ج٤، ص٤٢٣.

(٩٩١٣) «أحكام القرآن» للجصاص، ج١، ص٣٩٤.

(٩٩١٤) «المغني» ج٧، ص٥٤.

٨٠٢٥ ـ القول الراجح:

والراجح، عدم جواز الخلع في حالة الوئام والوفاق بين الزوجين، وبالتالي عدم جواز بذل المال فيه، وعدم جواز أخذ الزوج هذا المال المبذول لما احتج به المانعون، وهو ما رجحه ابن قدامة بقوله: «والحجة مع من حرمه ـ أي الخلع في حالة الوئام والوفاق بين الزوجين ـ وخصوص الآية في التحريم (وهي آية ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ﴾.. الآية، يجب تقديمه على عموم آية الجواز وهي: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ مع ما عضدها من الأخبار»(٩٩١٥).

الفرع الثالث

مقـــدار العـــوض

٨٠٢٦ ـ اختلاف الفقهاء في مقدار العوض:

وحيث جاز بذل العـوض في الخلع وجـاز أخذه على النحو الذي فصّلناه، فقد اختلف الفقهاء في مقدار العوض الجائز بذله وأخذه، ويمكن ردّ اختلافهم إلى الأقوال التالية:

٨٠٢٧ ـ القول الأول: يتحدد مقدار العوض بما تراضيا عليه:

إن مقـدار العـوض يتحدد بما يتفق ويتراضى عليه الزوجان في المخالعة دون اعتبار لما أعطاها الزوج من مهر أو غيره، وهذا قول الجمهور. ومن أقوالهم:

أ : في «تفسير ابن كثير»: «اختلف الأئمة ـ رحمهم الله تعالى ـ في أنه هل يجوز للرجل أن يفاديها بأكثر مما أعطاها؟ فذهب الجمهور إلى جواز ذلك، وبه يقول ابن عمر وابن عباس ومجاهد وعكرمة وإبراهيم النخَعي، وقَبِيصة بن ذؤيب والحسن بن صالح وغيرهم»(٩٩١٦).

ب : وفي «بداية المجتهد»: «فإن مالكاً والشافعي وجماعة قالوا: جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها إذا كان النشوز من قبلها، وبمثله وبأقل منه»(٩٩١٧).

جـ : وفي «المحلّى» لابن حزم: «ولها أن تفتدي بجميع مالها»(٩٩١٨).

د : وفي «مغني المحتاج» «ويصح عوضه ـ أي عوض الخلع ـ قليلاً أو كثيراً ديناً أو عيناً

(٩٩١٥) «المغني» ج٧، ص٥٤.

(٩٩١٦) «تفسير ابن كثير» ج١، ص٢٧٤ـ٢٧٥.

(٩٩١٧) «بداية المجتهد» لابن رشد، ج٢، ص٥٦.

(٩٩١٨) «المحلى» ج١٠، ص٢٣٥.

ومنفعة»[9919]. وفي «المجموع شرح المهذب» في فقه الشافعية أيضاً: «يصح ـ أي الخلع ـ بالقليل والكثير»[9920].

هـ: وقال الإمام مالك: «لم أزل أسمع أن الفدية ـ عوض الخلع ـ تجوز بالصداق وبأكثر منه[9921]. وقال الإمام مالك أيضاً: «لم أرَ أحداً ممن يقتدى به يمنع ذلك، ولكنه ليس من مكارم الأخلاق»[9922].

و: وفي «منهاج الصالحين»: «ويجوز أن تكون الفدية في الخلع أكثر من المهر، وأقل منه، ومساوية له»[9923].

٨٠٢٨ ـ القول الثاني: يتحدد العوض بمقدار ما أعطاها:

وأصحاب هذا القول يذهبون إلى أن مقدار العوض يتحدد بمقدار ما أعطاها، فهذا المقدار هو مقدار العوض الجائز في الخلع. وقد روي عنهم هذا القول فيما يأتي:

أ: جاء في «تفسير ابن كثير»: «ولا يجوز أن يأخذ أكثر مما أعطاها، وهذا قول سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن شعيب والزهري، وطاووس والحسن والشعبي وحماد بن أبي سليمان والربيع بن أنس. وقال معمر والحاكم: كان علي يقول لا يأخذ من المختلعة فوق ما أعطاها. وقال الأوزاعي: القضاة لا يجيزون أن يأخذ الزوج منها أكثر مما ساق إليها»[9924].

ب: وفي «تفسير القرطبي» مثل ما جاء في «تفسير ابن كثير»[9925]. وهو قول أبي بكر من الحنابلة وقال يرد الزيادة إليها[9926].

٨٠٢٩ ـ القول الثالث: يتحدد العوض بما لزم للمرأة بعقد الزواج:

وهذا قول الزيدية، فقد قالوا: «ولا يحلّ منها أي البذل من الزوجة، أكثر مما لزم بالعقد

(9919) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٥.

(9920) «المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية» ج١٦، ص٨.

(9921) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٠٢.

(9922) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٣٩٧، «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٤١.

(9923) «منهاج الصالحين» للسيد محسن الحكيم في فقه الجعفرية، ج٢، ص١٧٣.

(9924) «تفسير ابن كثير» ج١، ص٢٧٥.

(9925) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٤١.

(9926) «المغني» ج٧، ص٥٣.

لها ولأولاد منه صغار، وذلك هو مهرها ونفقتها ونفقة عدتها، وأجرة تربية الأولاد الصغار ونفقتهم. فهذا هو الذي يلزمه بعقد النكاح لها ولأولادها منه. والمراد بأجرة التربية قدر سبع سنين أو ثمان»[9927].

٨٠٣٠ ـ القول الرابع: لا يستحب أن يكون العوض أكثر مما أعطاها:

قال الإمام الخرقي الحنبلي: «لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها» وقال ابن قدامة تعقيباً على هذا القول: «هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح، وهذا قول أكثر أهل العلم»[9928].

٨٠٣١ ـ القول الخامس ـ التفصيل بناء على نشوز الزوجة أو الزوج:

وهذا قول الحنفية، فعندهم لا يحلّ للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً إذا كان هو المتسبب في إجراء المخالعة؛ لعدم إيفاء الزوجة حقوقها. وإذا كانت المرأة هي المتسببة لإجراء المخالعة لنشوزها وعدم قيامها بحق الزوج، فيجوز للزوج أن يأخذ منها بقدر ما أعطاها لا أكثر. فقد جاء في الهداية في فقه الحنفية: «وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضاً. وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها، ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء، وكذلك إذا أخذ الزيادة والنشوز منه[9929].

٨٠٣٢ ـ أدلة الأقوال: أدلة القول الأول:

القول الأول: يتحدد العوض بما يتفق عليه الزوجان. واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿**فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِمَا فِيمَا افتدتْ بِهِ**﴾ فهذا عموم يشمل ما افتدت به، سواء كان قليلاً أو كثيراً، وسواء كان مقداره بقدر ما أعطاها الزوج أو أكثر منه أو أقل[9930].

ثانياً: أخرج الإمام البخاري في «صحيحه» أن عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ أجاز مخالعة امرأة بعوض شمل ما دون عقاص رأسها. وقال ابن حجر العسقلاني تعليقاً على هذا

(٩٩٢٧) «شرح الأزهار في فقه الزيدية» ج٢، ص٤٤٢.

(٩٩٢٨) «المغني» ج٧، ص٥٢.

(٩٩٢٩) «الهداية» ج٣، ص٢٠٣-٢٠٤.

(٩٩٣٠) «تفسير ابن كثير» ج١، ص٢٧٥، «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٤١، «نيل الأوطار» ج٦، ص٢٥١، «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٩١.

الخبر عن عثمان فقال: ومعنى هذا الخبر عن عثمان أنه أجاز أن يأخذ الزوج المخالع من زوجته المختلعة ما سوى عقاص رأسها، العقاص جمع عقصة وهو ما يربط به شعر الرأس بعد جمعه[9931].

ومعنى هذا أن للزوج أن يأخذ من زوجته في الخلع كل ما تملك من قليل أو كثير، ولا يترك لها سوى عقاص شعرها[9932]. ولم ينكر أحد من الصحابة على عثمان فيما أفتى به المرأة، فيكون إجماعاً على جواز ذلك[9933].

٨٠٣٣ ـ أدلة القول الثاني:

والقول الثاني: إن العوض يتحدد بمقدار ما أعطاها، فلا يجوز الزيادة عليه. وقد استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

أ: أخرج ابن ماجه عن ابن عباس أن جميلة امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ وقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خُلُق ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضاً. فقال لها النبي ﷺ: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. فأمره ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد[9934]. فهذا الحديث صريح في أن مقدار العوض كان بقدر ما أعطاها لا أكثر منه.

ب: وروى الدارقطني عن أبي الزبير أن ثابت بن قيس كان قد أصدق زوجته جميلة حديقة، فقال النبي ﷺ: أتردين عليه حديقته التي أعطاكِ؟ قالت: نعم وزيادة. فقال النبي ﷺ: أما الزيادة فلا، ولكن حديقته. قالت: نعم. فأخذها له وخلّى سبيلها. فلما بلغ ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ»[9935].

جـ: وروى عطاء أن النبي ﷺ أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها[9936].

٨٠٣٤ ـ أدلة القول الثالث:

وهو قول الزيدية، وعندهم يتحدد مقدار العوض بما لزم للزوجة بعقد الزواج. وهم يحتجون

(9931) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٣٩٤.

(9932) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٣٩٧.

(9933) المغني ج٧، ص٥٣.

(9934) «سنن ابن ماجه» ج١، ص٦٦٣.

(9935) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٤٧.

(9936) «المغني» ج٧، ص٥٣.

لقولهم بحديث ابن ماجه في قصة امرأة ثابت بن قيس، وفيه: «فأمره النبي ﷺ أن يأخذ حديقته ولا يزداد» وكذلك يحتجون بحديث الدارقطني الذي ذكرناه وفيه «أما الزيادة فلا»[9937]. ويفسرون قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذوا مِمَّا آتيتُمُوهُنَّ شَيئاً إِلَّا أَنْ يَخافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾فيقولون: فيما افتدت به من الذي أعطاها. أي أنَّ الذي يحلّ للزوج أخذه منها هو المال الذي تقدمه له من المال الذي أعطاه لها، فلا يكون العوض الذي تبذله للزوج إلا أقل من المال الذي أعطاه لها وليس أكثر منه[9938].

ويلاحظ أن استدلال الزيدية بهذه الآية غير واضح لإسناد قولهم؛ لأنهم يحددون العوض بمقدار ما لزم للمرأة بموجب عقد الزواج، وما لزم لها هو أكثر من المهر لها، إذ ما لزم لها بعقد الزواج يشمل نفقتها ونفقة عدتها ونفقة تربية أولادها الصغار، بينما حديث ثابت بن قيس يدل على أن الزوج لا يستحق من زوجته المختلعة أكثر من المهر الذي أعطاه لها ولم يتطرق الحديث الشريف إلى غير المهر وهو (الحديقة) التي أعطاها لها. وعلى هذا، فهذا الحديث لا يصلح حجة لقول الزيدية إلا فيما يتعلق بالمهر بأن يكون العوض بقدره أو أقل منه.

٨٠٣٥ ـ أدلة القول الرابع:

وهو قول الحنابلة إذ يجيزون في العوض أن يكون أكثر مما أعطاها الزوج ولكن لا يستحبون هذه الزيادة، وحجتهم في ذلك ما يأتي.

أ : قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَليهِمَا فِيمَا افتدتْ بِهِ﴾[9939] ووجه الاحتجاج بهذه الآية وإن لم يصرحوا به، أن هذه الآية الكريمة عامة فيما تفتدي به من مال سواء كان قليلاً أو كثيراً، بقدر ما أعطاها أو أكثر منه أو أقل منه.

ب : روى عطاء أن النبي ﷺ كره أن يأخذ الزوج من المختلعة أكثر مما أعطاها. رواه أبو حفص بإسناده، وهو صريح في كراهة أخذ أكثر ما أعطاها. قال ابن قدامة الحنبلي: «فنجمع بين الآية وهذا الخبر فنقول: الآية دالة على الجواز ـ أي جواز أن يكون العوض أكثر مما أعطاها ـ والنهي عن الزيادة على ما أعطاها للكراهة»[9940].

(٩٩٣٧) «الروض النضير» ج٤، ص٤٢٢.

(٩٩٣٨) «الروض النضير» ج٤، ص٤٢٢-٤٢٣.

(٩٩٣٩) «المغني» ج٧، ص٥٣، والآية في سورة البقرة ورقمها ٢٢٩.

(٩٩٤٠) «المغني» ج٧، ص٥٣.

٨٠٣٦ ـ أدلة القول الخامس:

وهذا قول الحنفية، وعندهم كما قلنا يكره للزوج أخذ أي عوض من المرأة إذا كان النشوز منه أي عدم إيفائها حقوقها. ولا يكره للزوج أن يأخذ منها إذا كان النشوز منها، ولكن يكره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها. وفي القضاء يجوز الأخذ، سواء كان النشوز منها أو منه، وسواء كان عوض الخلع بمقدار ما أعطاها أو أكثر منه. واستدلوا لقولهم بالآية الكريمة: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِما فِيمَا افتدتْ بِهِ﴾، فهي لا تفصل بين ما أعطاها وبين الزيادة عليه، ولا بين النشوز منه أو منها. وأما وجه الكراهة ديانة في أخذ الزوج شيئاً من الزوجة إذا كان النشوز منه، والكراهة ديانة إذا أخذ الزوج أكثر مما أعطاها إذا كان النشوز منها، فهذه الكراهة ترجع إلى ما روي في اختلاع زوجة ثابت منه، وقد جاء في هذه الرواية قول النبي ﷺ: «أما الزيادة فلا» وكان النشوز منها، فكان هذا القول من رسول الله ﷺ نفياً لإباحة أخذ ما زاد على ما أعطاها فيكون أخذ الزيادة عليه مكروهاً، وهو يدل أيضاً على كراهة أخذ العوض والزيادة إذا كان النشوز من الزوج[٩٩٤١].

٨٠٣٧ ـ القول الراجح:

والراجح أن العوض في الخلع يجب أن لا يتجاوز ما أعطاه الزوج لها من مهر؛ للأحاديث الشريفة التي وردت بشأن قصة اختلاع زوجة ثابت منه، وفيها نهي النبي ﷺ لزوجة ثابت من تقديم الزيادة على (الحديقة) وهي التي أعطاها ليها ثابت مهراً لها. وفي رواية أخرى نهى النبي ﷺ زوجها أن يأخذ أكثر منها. أما الآية الكريمة ﴿فَلَا جُنَاحَ عَليهِمَا فِيمَا افتدتْ بِهِ﴾. والاحتجاج بأن قوله تعالى: ﴿فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ عموم يشمل العوض القليل والكثير، أو أنه مطلق غير مقيد بمقدار ما أعطاه لها، فيجري على إطلاقه، فيجوز أن يكون العوض أكثر مما أعطاها من المهر، أقول: هذا الاستدلال على هذا التفسير غير قطعي، إذ تحتمل الآية تفسيراً آخر كأن يقال إن المراد من قوله تعالى: ﴿فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ محمول على ما قدمه زوجها لها، فيكون التفسير: لا جناح عليهما فيما تقدمه عوضاً في خلعها من المال الذي أعطاه الزوج لها، فيكون العوض بعضه لا كله ولا أكثر منه، فهذا التفسير للآية الكريمة محتمل، ومع هذا الاحتمال لا يمكن الاستدلال بالآية على ما ذهبوا إليه من جواز أن يكون العوض بقدر المهر أو أكثر منه بحجة عموم الآية أو إطلاقها؛ لأن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال.

(٩٩٤١) «الهداية والعناية وفتح القدير» ج٣، ص٢٠٣-٢٠٤.

٨٠٣٨ ـ نرجح أن مالا يجوز ديانة لا يجوز قضاء:

أما ما ذهب إليه الحنفية من التفرقة بين عدم جواز أخذ الزيادة على المهر على وجه الديانة، وجواز أخذها قضاء، فلا أميل إلى هذه التفرقة، وينبغي أن يكون ما هو محظور في الديانة محظوراً أيضاً في أحكام القضاء؛ لأن الشأن في القضاء الإسلامي أن يطبق أحكام الديانة، فيقرر ما هو حلال ويحكم به، ويبطل ما هو حرام ولا يحكم به، وإذا تعذر إثبات ما يحلّ ديانة أو مالا يحل ديانة، فهذا لا يمنع من إبقائه خاضعاً لأحكام القضاء فيقضي القاضي بموجب وسائل الإثبات ومنها توجيه اليمين، إلى المنكر عند عجز المدّعي عن إثبات ما يدّعيه وفي كل الأحوال ينبغي إخضاع ما يحلّ ومالا يحلّ من العوض في الخلع إلى حكم القاضي في ضوء ما يثبت أمامه من الوقائع، فهو يحكم بالظاهر حسب دلائل الإثبات التي تسنده، ولا يحكم بموجب الباطن الذي لا دليل عليه.

الفرع الرابع

شروط العوض «بدل الخلع»

٨٠٣٩ ـ ما يصلح مهراً في النكاح يصلح عوضاً في الخلع:

قال الإمام علاء الدين الكاساني: «ما يصلح عوضاً ـ مهراً ـ في النكاح يصلح عوضاً في الخلع، وليس كل ما يصلح عوضاً في الخلع يصلح عوضاً ـ مهراً ـ في النكاح؛ لأن باب الخلع أوسع، إذ هو يتحمل جهالة لا يتحملها النكاح»[٩٩٤٢].

٨٠٤٠ ـ الشروط الإجمالية للعوض:

وبناء على القاعدة التي ذكرها الكاساني فيما يصلح عوضاً في الخلع، فإن العوض المسمى في عقد الخلع يجب للزوج إذا توافرت شروطه وهي أن يكون: «مالاً متقوماً، موجوداً وقت الخلع، معلوماً، أو مجهولاً جهالة قليلة أو كثيرة إذا لم تكن متفاحشة»[٩٩٤٣].

٨٠٤١ ـ الشرط الأول: أن يكون العوض مالاً متقوماً:

والمال كل ما يمكن حيازته ولانتفاع به على وجه معتاد، والمنافع تعتبر أموالاً عند جمهور الفقهاء. و«المتقوّم» ما كان له قيمة يضمنها متلفه عند اعتدائه عليه. ولا يثبت التقوم للمال إلا

(٩٩٤٢) «البدائع» للكاساني، ج٣، ص١٤٧.

(٩٩٤٣) «البدائع» للكاساني، ج٣، ص١٤٧.

بتحقق شيئين: (الأول) إحرازه. و(الثاني): جواز الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار[9944].

٨٠٤٢ ـ المنافع تصلح أن تكون عوضاً:

ويترتب على ما قلناه أن الأموال المنقولة والعقارات تصلح أن تكون عوضاً في الخلع إذا كانت أموالاً متقومة. وكذلك المنافع المباحة التي تقابل بالمال تصلح أن تكون عوضاً في الخلع كسكنى الدار، وحضانة صغير وإرضاع طفل ونحو ذلك.

٨٠٤٣ ـ إذا لم يكن العوض مالاً متقوماً:

ويترتب على اشتراط المالية والتقوم في العوض، أنه إذا خالعها على ما ليس بمال أصلاً كالميتة والدم، أو على ما ليس بمال متقوم في حقّ المسلمين كالخمر والخنزير، فإن الفرقة بين الزوجين تقع فرقة بائنة ولا شيء للزوج على المرأة؛ لأن الخلع من جانب الزوج إسقاط الملك (إسقاط ملك النكاح)، وإسقاط الملك قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض، فإذا ذكر مالا يصلح عوضاً أصلاً أو مالا يصلح عوضاً في حقّ المسلمين، فقد رضي الزوج بالإسقاط بغير عوض، فلا يستحق عليه شيئاً. ولأنه لا وجه لإيجاب العوض المسمى لكونه غير متقوم بحقّ المسلمين ولا إلى إيجاب غيره؛ لعدم التزام الزوجة به؛ ولأن منافع البُضع[9945]، عند الخروج عن ملك الزوج غير متقومة؛ لأن المنافع في الأصل ليست أموالاً متقومة إلا أنها جعلت متقومة عند المقابلة بالمال المتقوم، فعند مقابلتها بما ليس بمال متقوم ـ كما في مثالنا بجعل العوض خمراً أو خنزيراً ـ تبقى على الأصل أي غير متقومة. ولأن منافع البُضع أخذت حكم التقوم في باب النكاح عند دخولها في ملك الزوج احتراماً لها وتعظيماً للآدمي لكونها سبباً لحصوله[9946]، فجعلت متقومة شرعاً صيانة لها عن الابتذال، والحاجة إلى الصيانة عند الدخول في الملك لا عند الخروج عن الملك؛ لأن بالخروج يزول الابتذال، فلا حاجة إلى التقوم فبقيت على أصلها غير متقومة، وهذا عند الحنفية[9947].

(٩٩٤٤) «مختصر أحكام المعاملات الشرعية» لأستاذنا علي الخفيف، ص٢-٤.

(٩٩٤٥) البُضع يطلق على عقد النكاح والجماع معاً، وعلى الفرج، «النهاية لابن الأثير» ج١، ص١٣٣، ومنافع البُضع: ملك الزوج المتعة بموجب عقد النكاح، ومن المتعة وطؤها.

(٩٩٤٦) قلنا منافع البُضع ملك الزوجة المتعة بموجب عقد النكاح، ومن المتعة وطؤها الذي هو سبب لحصول الولد.

(٩٩٤٧) «البدائع» ج٣، ص١٤٧، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٣٠٥.

٨٠٤٤ ـ مذهب الشافعية:

وعند الشافعية، إذا كان العوض في الخلع مالاً غير متقوم في حقّ المسلمين كالخمر والخنزير، وقعت البينونة بموجب عقد الخلع ووجب للزوج على الزوجة مهر المثل؛ لأنه هو المراد عند فساد العوض، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «لو خالع بمجهول كأحد هذين العبدين، أو خمر معلومة مما لا يملك بانت بمهر مثل؛ لأنه المراد عند فساد العوض»[٩٩٤٨].

وفي «نهاية المحتاج» في فقه الشافعية: «ولو خالع بمجهول أو خمر معلومة وهما مسلمان، أو غير ذلك من كل فاسد يقصد والخلع معها، بانت بمهر المثل؛ لأنه عقد على منفعة بُضع، فلم يفسد بفساد عوضه ورجع إلى مقابله كما في النكاح»[٩٩٤٩].

٨٠٤٥ ـ مذهب الحنابلة:

وعند الحنابلة، إذا خالع الزوج زوجته على عوض محرم كالخمر والخنزير لم يستحق الزوج شيئاً، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإن خالعها على محرم يعلمان تحريمه كالخمر والخنزير والميتة، فهو كالخلع بغير عوض لا يستحق الزوج المخالع شيئاً، وبه قال مالك وأبو حنيفة. وقال الشافعي له عليها مهر المثل؛ لأنه معاوضة بالبُضع فإذا كان العوض محرماً شرعاً وجب مهر المثل كما في النكاح»[٩٩٥٠].

واحتج ابن قدامة لقوله بأن خروج البُضع من ملك الزوج غير متقوم، فإذا رضي بغير عوض لم يكن له شيء؛ لأنه يعلم تحريم العوض، وفارق النكاح فإن دخول البُضع في ملك الزوج متقوم[٩٩٥١].

٨٠٤٦ ـ وأما الفرقة فينظر: فإن كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي؛ لأنه خلا عن عوض صحيح فهو كالمعدوم. وإن كان بلفظ الخلع وكنايات الخلع ونوى به الطلاق فكذلك؛ لأن الكنايات مع النيّة كالصريح. وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق، انبنى على أصل وهو: هل يصح الخلع بغير عوض؟ فيه روايتان: فإن قلنا: يصح، صحَّ هنا، وإن قلنا: لا يصح، لم يصح ولم يقع شيء[٩٩٥٢].

(٩٩٤٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٥.

(٩٩٤٩) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٩٢.

(٩٩٥٠) «المغني» ج٧، ص٧٣.

(٩٩٥١) «المغني» ج٧، ص٧٣-٧.

(٩٩٥٢) «المغني» ج٧، ص٧٤.

٨٠٤٧ ـ الجهل بعدم تقوم العوض:

أ : رأي الحنابلة والشافعي:

وإذا خالع الرجل امرأته على عوض يظنه مالاً متقوماً فظهر غير متقوم كأن يخالعها على خلّ فظهر خمراً، فإن الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم؛ لأن الخلع معاوضة بالبُضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح، ويرجع عليها بمثله خلاًّ؛ لأن الخلّ من ذوات الأمثال ـ أي لأن الخلّ مال مثلي ـ وقد دخل في المخالعة على أن هذا المعيّن خلّ، فكان له مثله كما لو كان خلاًّ فتلف قبل قبضه. وقال الشافعي يرجع بمهر المثل[٩٩٥٣].

٨٠٤٨ ـ رأي الحنفية:

وفي «الدّر المختار وردّ المحتار» في فقه الحنفية: «ولو سمت حلالاً ـ أي في عوض الخلع ـ كهذا الخلّ، فإذا هو خمر رجع الزوج بالمهر إن كانت الزوجة قد أخذته وإلا سقط عنه، وهذا عند الإمام أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يجب مثله من خلّ وسط؛ لأنه صار مغروراً من جهتها بتسمية المال»[٩٩٥٤].

٨٠٤٩ ـ الشرط الثاني: العلم بالعوض:

أ : رأي الحنابلة والحنفية:

لم يشترط الحنابلة العلم بالعوض، فعندهم الخلع بالمجهول جائز وللزوج ما جعل له، وهذا قول الحنفية أيضاً. وقال أبو بكر من فقهاء الحنابلة لا يصح الخلع بالمجهول، فلا بدّ أن يكون معلوماً؛ لأن الخلع معاوضة فلا يصح بالمجهول، وهذا قول الإمام أبي ثور[٩٩٥٥].

٨٠٥٠ ـ ب : رأي الشافعية:

وعند الشافعية، إذا خالعها بمجهول كثوب من غير تعيين ولا وصف، وقعت الفرقة وبانت الزوجة ولزوجها عليها مهر المثل، محتجين بأن الخلع عقد على منفعة بُضع فلم يفسد بفساد عوضه، فيرجع إلى مقابله كما في النكاح[٩٩٥٦].

٨٠٥١ ـ واحتج الحنابلة لما ذهبوا إليه بأن الخلع إسقاط لحقّ الزوج في منافع البُضع (أي

(٩٩٥٣) «المغني» ج٧، ص٧٣.

(٩٩٥٤) «الدّر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٤٦.

(٩٩٥٥) «المغني» ج٧، ص٦١، «كشاف القناع» ج٣، ص١٣٢، «البدائع» ج٣، ص١٤٧ـ١٤٨.

(٩٩٥٦) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٩٢.

إسقاط لحق الزوج في الوطء)، وليس فيه تمليك شيء والإسقاط تدخله المسامحة، ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح، وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل؛ لأن الزوجة لم تبذله ولا فوتت على الزوج ما يوجبه، فإن خروج البُضع (أي منافع البضع) من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته الزوجة من ملك زوجها بردتها أو برضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب له عليها شيء، ولو قتلت نفساً عمداً أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن منافع بُضعها. وإنما يتقوم البُضع على الزوج في النكاح خاصة، وأباح لها الشرع افتداء نفسها بما تبذله من عوض لحاجتها إلى ذلك، فيكون الواجب عليها ما رضيت ببذله، فأما إيجاب شيء لم ترضَ به فلا وجه له[9957].

٨٠٥٢ ـ أقسام الخلع على عوض مجهول[9958]:

والخلع على عوض مجهول ينقسم إلى عدة أقسام، ولكل قسم حكمه، نذكرها فيما يلي:

٨٠٥٣ ـ القسم الأول:

يخالعها على عدد مجهول من شيء غير مختلف كالدنانير والدراهم كما لو خالعها على ما في يدها من الدراهم، صحَّ الخلع وله ما في يدها من دراهم، فإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة دراهم؛ لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة ولفظها يدل على ذلك فاستحقه كما لو أوصى له بدراهم. وإن كان في يدها أقل من ثلاث دراهم احتمل أن لا يكون له غير ما في يدها، واحتمل أن يكون له ثلاثة دراهم.

٨٠٥٤ ـ القسم الثاني:

أن يكون العوض المجهول من شيء مختلف لا يعظم اختلافه مثل أن يخلعها على عبد مطلق، فإن الخلع صحيح ويستحق الزوج ما يصدق عليه اسم العبد، ولو خالعها على عبيد استحق ثلاثة عبيد؛ لأنه أقل ما يقع عليه اسم العبيد.

٨٠٥٥ ـ القسم الثالث:

أن يخالعها على عوض تعظم الجهالة فيه، كأن يخالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب. فالعوض الواجب في هذا الخلع هو ما يقع عليه الاسم من ذلك.

ومن هذا القسم أيضاً لو خالعها على ما في بيتها من المتاع، فإن كان فيه متاع فهو له قليلاً

(٩٩٥٧) «المغني» ج٧، ص٦١-٦٢.

(٩٩٥٨) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص٦٠-٦٣، «البدائع» ج٣، ص١٤٨-١٤٩.

كان أو كثيراً معلوماً أو مجهولاً. وإن لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع. وفي قول القاضي من الحنابلة: عليها المسمى في المهر وهو قول الحنفية.

٨٠٥٦ ـ القسم الرابع:

أن يخالعها على ما في بطون غنمها أو ضروعها أو على حملها صح الخلع، فإن خرج الحمل سليماً أو كان في ضروعها لبن فهو له. وإن لم يخرج شيء فقال بعض الحنابلة: له مهر المثل. وقال أبو الخطّاب من الحنابلة: له المهر المسمى. وإن خالعها على ما يثمر نخلها صحّ الخلع. قال الإمام أحمد بن حنبل إذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنتين جاز، فإن لم يحمل نخلها ترضيه بشيء.

الفرع الخامس

أنواع العــوض

٨٠٥٧ ـ تمهيد:

قلنا إن العوض في الخلع يجب أن يكون مالاً متقوماً أو منفعة مباحة تقابل بالمال. ونريد في هذا الفرع أن نبيّن أنواعاً من الأموال والمنافع التي تصلح أن تكون أعواضاً في الخلع.

٨٠٥٨ ـ أولاً: المهر المؤجل:

المهر المؤجل يصلح أن يكون عوضاً في الخلع؛ لأنه دين في ذمة الزوج، والدين مال حكمي، قال الإمام الكاساني: «الدين مال حكمي في الندامة»[٩٩٥٩]. والمقصود بكونه مالاً حكمياً أن له حِكم المال. وفي «فتح القدير» للكمال بن الهمام في فقه الحنفية: «الدين اسم لمال واجب في الذمّة يكون بدلاً عن مال أتلفه، أو قرض اقترضه، أو بيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها من بُضع امرأة، وهو المهر أو استئجار عين»[٩٩٦٠].

وفي «نهاية المحتاج» في فقه الشافعية: «ويصح عوضه ـ أي عوض الخلع ـ قليلاً وكثيراً ديناً وعيناً ومنفعة كالصداق ـ المهر ـ لعموم قوله تعالى: ﴿**فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِمَا فِيمَا افتَدَتْ بِهِ**﴾[٩٩٦١].

وفي فتح القدير: «وإن سميا المهر ـ أي في مخالعتهما ـ فإن كان بعد الدخول وليس

(٩٩٥٩) «البدائع» ج٥، ص٢٣٤.

(٩٩٦٠) «فتح القدير» ج٥، ص٤٣١.

(٩٩٦١) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٩١.

مقبوضاً، سقط عنه كله»[9962].

وفي «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «إن خالعها على مهرها، فإن كانت المرأة مدخولاً بها وقد قبضت مهرها يرجع الزوج عليها بمهرها، وإن لم يكن مقبوضاً سقط عن الزوج»[9963].

٨٠٥٩ ـ ثانياً: نفقة المختلعة ونفقة ولدها:

ويصح أن يكون العوض في الخلع نفقة ماضية وجبت للزوجة في ذمة زوجها بالقضاء أو بالتراضي. كما يصح أن يكون العوض نفقة الزوجة المختلعة في العدة، وبهذا كلّه صرح الفقهاء.

٨٠٦٠ ـ أقوال الفقهاء في جعل نفقة المختلعة عوضاً في الخلع:

أ: ـ في «غاية المنتهى» في فقه الحنابلة: «ويصح الخلع على نفقة ماضية ومن حامل على نفقة حملها ويسقطان، ولو طلب مخالعتها فأبرأته من نفقة حملها برىء إلى فطامه ـ أي برىء من نفقته إلى فطامه»[9964].

ب: وفي «مختصر الإنصاف والشرح الكبير» في فقه الحنابلة: «ولو خالع حاملاً فأبرأته من نفقة حملها، فلا نفقة لها ولا للولد حتى تفطمه»[9965].

جـ: وفي «الفتاوى الهندية»: «امرأة اختلعت مع زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشر سنين بنفقتها، صحّ الخلع وتجبر على ذلك»[9966].

د: وفي «البدائع» للكاساني: «ولو خلعها على نفقة العدة صح»[9967].

هـ: وفي «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية: «وجاز الخلع بنفقة حمل ـ أي بنفقتها على نفسها مدة حملها ـ إن كان حمل ـ أي على تقدير وجوده ـ وبالإنفاق على ولدها منه أو ما تلده من الحمل مدة الرضاع عامين أو أكثر. ولا تسقط بخلعها على نفقة ما تلده من الحمل نفقة الحمل على الأصح ـ أي نفقتها على نفسها مدة الحمل كما قلنا ـ، وهو قول ابن القاسم: قال

(٩٩٦٢) «فتح القدير في فقه الحنفية» ج٣، ص٢١٦.

(٩٩٦٣) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٢٨٩.

(٩٩٦٤) «غاية المنتهى في فقه الحنابلة» ج٣، ص١٠٥.

(٩٩٦٥) «مختصر الانصاف والشرح الكبير» ص٤٠٥.

(٩٩٦٦) «الفتاوى الهندية في فقه الحنفية» ج١، ص٤٩٠.

(٩٩٦٧) «البدائع» ج٣، ص١٥٣.

لها نفقة الحمل؛ لأنهما حقّان أسقطت أحدهما عنه في نظير الخلع فبقي الآخر»[9968].

٨٠٦١ ـ ثالثاً: حقّ السكن للمختلعة:

والسكن للزوجة من جملة حقّ النفقة لها، فهل يجوز أن يكون حقّ السكنى للمختلعة في عدتها عوضاً في مخالعتها مع زوجها؟ والجواب: لا؛ لأنه حقّ الله، قال الإمام الكاساني ـ رحمه الله ـ: «**ولو خلعها على نفقة العدة صحّ. ولا يصح الخلع على السكنى؛ لأن السكنى تجب حقاً** لله تعالى لقوله تعالى: ﴿**لَا تُخرجوهنَّ مِنْ بُيوتِهنَّ ولاَ يَخرجنَ إلاَّ أنْ يَأْتين بِفاحِشَةٍ مُبيِّنةٍ**﴾، فلا يملك العبد إسقاطه»[9969]، وفي «الدّر المختار وردّ المحتار» «فتسقط النفقة إلا السكنى؛ لأنها حقّ الشرع؛ ولأن سكناها في غير بيت الطلاق معصية»[9970]. وفي «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «وكمخالعتها على خروجها من مسكنها الذي طلقها فيه، فإنه يُردُّ بأن تُردّ الزوجة له ـ أي إلى مسكنها ـ؛ لأنه حقّ الله لا يجوز لأحد إسقاطه، وبانت منه ولا شيء عليها للزوج...»[9971].

٨٠٦٢ ـ المخالعة على مؤونة السكنى:

ولكن لو خالعت الزوجة على مؤونة السكنى صحّ الخلع، فقد جاء في «الدّر المختار وردّ المحتار» في فقه الحنفية: «فتسقط النفقة لا السكنى؛ لأنها حقّ الشرع إلا إذا أبرأته عن مؤونة السكنى، فيصح الخلع بأن كانت ساكنة في بيت نفسها أو تعطي الأجرة من مالها فيصح التزامها ذلك»[9972]. وفي «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية بعد أن ذكر عدم جواز المخالعة على خروجها من مسكنها الذي طلّقها فيه معللاً ذلك بأنه حقّ الله لا يجوز لأحد إسقاطه قال: «إلا أن يريد أنها تتحمل أجرة المسكن زمن العدة من مالها، فيجوز الخلع»[9973].

(٩٩٦٨) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٢.

(٩٩٦٩) «البدائع» للكاساني ج٣، ص١٥٣، والآية في سورة الطلاق ورقمها ١.

(٩٩٧٠) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٥٤ـ٤٥٥.

(٩٩٧١) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٠٥.

(٩٩٧٢) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٥٥.

(٩٩٧٣) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٥٠.

٨٠٦٣ ـ رابعاً: الإرضاع:

أ : مذهب الحنفية:

يصح أن يكون العوض في عقد الخلع إرضاع المختلعة ولد المخالع؛ لأن الرضاعة مما يصح الاستئجار عليها، قال تعالى: **﴿فإنْ أرْضعنَ لَكُم فَآتوهُنَّ أُجورهنَّ﴾** فيصح أن يجعل الإرضاع عوضاً في الخلع»[٩٩٧٤].

٨٠٦٤ ـ مدة الإرضاع:

وهل يشترط تعيين مدة الإرضاع في عقد المخالعة؟ يبدو أنَّ هناك قولين، الراجح منهما عدم اشتراط التعيين وتفرق المدة إلى الحولين إذ هما مدة الرضاعة المعتادة، فقد جاء في «الدّر المختار»: «شرط البراءة من نفقة الولد، إن وَقّتا كَسَنَةٍ صحَّ ولَزِمَ وإلاَّ لا. وعن المنتقى وغيره: لو كان الولد رضيعاً صحّ وإن لم يؤقتا وترضعه حولين بخلاف الفطيم»[٩٩٧٥].

وقال ابن عابدين في «ردّ المحتار» معلّلاً الروايتين في مذهب الحنفية بشأن تعيين المدة بقوله: «ولعلّ وجه الرواية الأولى أن الخلع إذا وقع على نفقته أو إمساكه وهو رضيع يفضي إلى المنازعة؛ لأن المرأة تقول أردت نفقته شهراً والزوج يقول أكثر. ووجه الرواية الثانية أن كونه رضيعاً قرينة على إرادة مدة الرضاع، وقد جزم بهذه الرواية في «الفتاوى الخانية» و«البزازية»[٩٩٧٦].

٨٠٦٥ ـ موت الرضيع قبل الإرضاع أو قبل مضي المدة:

وإذا مات الولد الذي جرى الخلع على إرضاعه قبل أن ترضعه، رجع عليها بقيمة الرضاع للمدة المتفق عليها؛ لأن هلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عوض الخلع في يدها قبل تسليمه إلى الزوج، فيرجع إلى قيمته. وإن مات الولد في بعض المدة المتفق عليها، رجع عليها بقيمة ما بقي من المدة[٩٩٧٧]. وإذا ماتت هي قبل إكمال مدة الرضاعة، رجع الزوج المخالع على تركتها بقيمة ما بقي من المدة المتفق عليها[٩٩٧٨].

(٩٩٧٤) «البدائع» ج٣، ص١٤٩، والآية في سورة الطلاق ورقمها (٦).

(٩٩٧٥) «الدر المختار» ج٣، ص٤٥٥.

(٩٩٧٦) «رد المحتار» ج٣، ص٤٥٥.

(٩٩٧٧) «البدائع» ج٣، ص١٤٩.

(٩٩٧٨) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٤٩١.

٨٠٦٦ ـ ب : مذهب الحنابلة في الإرضاع :

قالوا إذا خالعها الزوج على إرضاع ولده المعين منها أو من غيرها مدة معلومة صحّ الخلع والعوض. فإن مات الولد أو ماتت المرضعة المختلعة، ، أو جفّ لبنها، رجع المخالع بأجرة المثل لباقي المدة. وإن خالعها على إرضاع ولده وأطلق المدة فلم يقيده بمدة، فالمدة تحمل على سنتين إن كان الخلع عقب الوضع ـ وضع الحمل ـ أو قبله أو بقية السنتين إن كان الخلع في أثنائهما حملاً لكلامه المطلق على المعهود في الشرع، وهو أن مدة الرضاعة سنتان، قال تعالى: ﴿وَالوالداتُ يُرضِعْنَ أولادهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ وقال ﷺ: «لا رَضَاع بعد الحولين»(٩٩٧٩).

٨٠٦٧ ـ جـ : مذهب المالكية في الإرضاع :

قالوا يجوز الخلع على أن يكون العوض فيه أجرة رضاع ما تلده المختلعة الذي هو في بطنها من رضاعه، وفي هذه الحالة تسقط نفقة عدتها باعتبارها حاملاً تبعاً للخلع على إسقاط أجرة الرضاع في مدته. وإذا مات الولد قبل تمام مدة الرضاع سقط عن أمه ما بقي، وليس للزوج أن يرجع عليها بما بقي منها إذا كان عادتهم عدم الرجوع، وإلا رجع عليها ببقية نفقة المدة. وإن ماتت أمه قبل الحولين أو انقطع لبنها أو ولدت أكثر من ولد في بطن فعليها النفقة وتؤخذ من تركتها في حال موتها بقدر ما بقي من رضاعه في بقية الحولين(٩٩٨٠).

٨٠٦٨ ـ د ـ مذهب الشافعية في الإرضاع :

وعندهم يصح الارضاع عوضاً في الخلع، فقد قالوا إذا خالع زوجته على أن ترضع ولدها وتحضنه وتكفله بعد الرضاع وبيّن مدّة الرضاع وقدر الطعام فإنه يصح. فإذا ماتت المختلعة فهو كالعين إذا هلكت قبل القبض. وإن مات الولد ففيه قولان:

الأول: يسقط الرضاع ويرجع إلى مهر المثل في قول الشافعي الجديد، وإلى أجرة الرضاع في قوله القديم.

الثاني: لا يسقط الرضاع بل يأتيها بولد آخر لترضعه؛ لأن المنفعة باقية، فإن لم يأت بولد آخر حتى مضت المدّة فلا يرجع عليها بشيء في أحد القولين في المذهب. وفي القول الآخر يرجع عليها بمهر المثل في قوله الجديد، وبأجور الرضاع في قوله القديم(٩٩٨١).

(٩٩٧٩) «كشاف القناع في فقه الحنابلة» ج٣، ص١٣١.

(٩٩٨٠) «الشرح الكبير» للدردير «وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٣٥٧ـ٣٥٨.

(٩٩٨١) «المهذب وشرحه المجموع»، ج١٦، ص٢٤ـ٢٥.

٨٠٦٩ ـ خامساً: نفقة الصغير وحضانته وإمساكه:

يجوز أن يكون العوض في المخالعة تحمل الزوجة المختلعة نفقة الصغير وحضانته وإمساكه عندها مدّة معلومة. ونذكر فيما يلي أقوال الفقهاء حيث إن في بعضها تفصيلاً مفيداً مع شيء من الاختلاف.

٨٠٧٠ ـ أ ـ مذهب الحنفية:

يجيز الحنفية أن يكون العوض في عقد الخلع نفقة الصغير لمدة معلومة، وكذا حضانته وإمساكه لمدة معلومة. ولكن هذا الجواز مقيد بشرط عدم الاضرار بالصغير ولا المساس بحقه. فإن كان فيما جعلته الزوجة عوضاً في اختلاعها من زوجها ضرر بالصغير ومساس بحقه بطل الشرط أي بطل ما جعل عوضاً في الخلع، وصح الخلع. ويدل على ما قلناه ما قاله الحنفية في هذه المسألة.

٨٠٧١ ـ من أقوال الحنفية في هذا النوع من العوض:

أ ـ امرأة اختلعت مع زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشر سنين بنفقتها صحّ الخلع وتجبر على ذلك وإن كان مجهولاً. فإن تركته على زوجها المخالع وهربت فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها»[٩٩٨٢].

ب ـ ولو اختلعت على أن تمسك الولد إلى وقت البلوغ صحَّ الخلع، وهذا إذا كان الولد أنثى، أما في الابن فلا يصح؛ لأنه يحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم، فإذا طال مكثه مع الأم تخلق بأخلاق النساء، وفي ذلك من الفساد مالا يخفى. فإن تزوجت الأم فللأب أن يأخذ الولد منها وإن اتفقا لا يترك عنده؛ لأن هذا حق الولد، وينظر إلى أجر مثل إمساك الولد في تلك المدة ويرجع الزوج عليها بذلك[٩٩٨٣].

جـ ـ رجل خلع امرأته وبينهما ولد صغير على أن يكون الولد الصغير عند الأب سنين معلومة صحَّ الخلع ويبطل الشرط؛ لأن كون الولد الصغير عند الأم حق الولد فلا يبطل بابطالهما[٩٩٨٤].

د ـ وجاء في المبسوط: «وإذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل؛ لأن الأم إنما تكون أحق بالولد لحق الولد فإن كون الولد عندها أنفع

(٩٩٨٢) «الفتاوى الهندية في فقه الحنفية» ج١، ص٤٩٠.

(٩٩٨٣) «الفتاوى الهندية في فقه الحنفية» ج١، ص٤٩٠.

(٩٩٨٤) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٤٩١.

له، ولهذا لو تزوجت لم تكن أحق بالحضانة لأنها مشغولة بخدمة زوجها، وإذا ثبت أن هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط[٩٩٨٥].

٨٠٧٢ ـ ب ـ مذهب المالكية:

قالوا يجوز أن يكون العوض في الخلع تعهد المختلعة بالانفاق على ولدها مدّة الرضاع أو أكثر، فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «وجاز الخلع بنفقتها على نفسها مدّة حملها وبالانفاق على ولدها منه أو ما تلده من الحمل مدة الرضاع عامين أو أكثر[٩٩٨٦]».

٨٠٧٣ ـ المخالعة على إسقاط حضانة الأم عند المالكية:

وعند المالكية يجوز أن يكون العوض في الخلع إسقاط حضانة الأم لولدها من زوجها المخالع وتنتقل الحضانة له إن لم يكن في هذا الانتقال ضرر بالولد المحضون وإلا انتقلت حضانته إلى من يلي الأم بحق الحضانة، فقد جاء في «الشرح الصغير» للدردير: «وجاز الخلع بإسقاط حضانتها لولده وينتقل الحق له ولو كان هناك من يستحقها غيره قبله. وهذه هو المشهور. ولكن الذي جرى به العمل وبه الفتوى انتقالها ـ أي الحضانة ـ لمن يليها في الرتبة»[٩٩٨٧].

وقال الصاوي في تعليقه على قوله: «وينتقل هذا الحق له. . أي للزوج المخالع». وهذا مقيد بأن لا يخشى على المحضون ضرر، إما لعلوق قلبه بأمه أو لكون مكان الأب غير حصين، وإلا فلا تسقط الحضانة اتفاقاً ويقع الطلاق. وإذا خالعته على إسقاط الحضانة ـ أي لتكون له ـ ومات الأب فهل تعود الحضانة للأم وهو الظاهر، أو تنتقل لمن بعدها لإسقاطها حقها[٩٩٨٨]؟

٨٠٧٤ ـ جـ ـ مذهب الشافعية:

قال الإمام الشيرازي في «المهذب في فقه الشافعية»: «وإذا خالعها على أن تكفل ولده عشر سنين، وبيّن مدّة الرضاع وقدر النفقة وصفتها فالمنصوص أنه ـ أي الخلع ـ يصح»[٩٩٨٩]. وإن مات الصغير بعد استكماله الرضاع دون مدّة النفقة التي تلي الرضاع لم يبطل العوض؛ لأنه قد استوفى الرضاع، ويمكن للأب أخذ النفقة فيأخذ ما قدره من النفقة. وهل يحل عليها ذلك بموت الصغير أم لا يستحق الأب أخذه إلا على نجومه، أي على أقساطه اليومية؟ فيه وجهان:

(٩٩٨٥) «المبسوط» للسرخسي في فقه الحنفية، ج٦، ص١٦٩.

(٩٩٨٦) «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية، ج٢، ص٣٥٧-٣٥٨.

(٩٩٨٧) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٢-٤٤٣.

(٩٩٨٨) «حاشية الصاوي على الشرح الصغيرة للدردير، ج١، ص٤٤٢.

(٩٩٨٩) «المهذب» للشيرازي، ج١٦، ص٢٣.

(أحدهما) يستحق ذلك فيطالبها به الأب؛ لأن تأجيله إنما كان لحق الولد. و(الثاني) لا يستحق أخذه إلّا على نجومه وهو الأصح؛ لأنه وجب عليها هكذا، وإنما مات المستوفي(٩٩٩٠).

٨٠٧٥ ـ إذا مات الصغير بعد أن رضع حولاً:

وإن مات الصغير بعد أن رضع حولاً وكانت مدّة الرضاعة حولين، فهل تنفسخ الإجارة في الحول الثاني أو لا تنفسخ، بل يأتيها بصبي آخر لترضعه؟

للشافعية قولان في هذه المسألة: (الأول): لا تنفسخ الإجارة فيأتيها بصغير آخر تقوم بإرضاعه والانفاق عليه. و(الثاني): ليس له أن يأتيها بغيره بل تنفسخ الإجارة(٩٩٩١).

ولكن إذا لم يتيسر للزوج المخالع أن يأتي بصغير آخر ترضعه المختلعة ما بقي من مدة رضاع الأول فما الحكم في هذه الحالة؟ أجاب صاحب التكملة الثانية للمجموع الأستاذ نجيب المطيعي بقوله: «فإذا قلنا بهذا، أو قلنا بالأول ولم يأت بمن يقيمه مقامه انفسخ العقد في الحول الثاني»(٩٩٩٢).

٨٠٧٦ ـ وإذا ماتت المختلعة نظرنا: فإن ماتت بعد الرضاع لم يبطل عقد المخالعة بل يستوفي الزوج المخالع النفقة من مالها. وإن ماتت بعد الرضاع أو في أثنائه أو انقطع العقد فيما بقي من مدّة الرضاع؛ لأن المعقود عليه ارضاعها وقد تعذر ذلك فبطل العقد. وهل يبطل عقد المخالعة أو لا يبطل؟ فيه وجهان بناء على القولين في الصغير إذا مات(٩٩٩٣).

٨٠٧٧ ـ د ـ مذهب الحنابلة:

قالوا لو خالعته الزوجة على حضانة ولدهما مدّة معينة أو خالعته على نفقته مدّة معينة كعشر سنين ونحوها صحّ عقد الخلع ولو لم يصف النفقة، فلا يشترط ذكر قدر الطعام وجنسه ولا قدر الأدم وجنسه. والأولى أن يذكر مدّة الرضاع من تلك المدّة وأن يذكر صفة النفقة بأن يقول: ترضيعه من العشر سنين حولين أو أقل حسب ما تفقان عليه، ويذكر ما يقتاته الولد من طعام أو أدم.

وإن لم يذكر مدّة الرضاع من المدّة التي خالعها على حضانته فيها أو نفقته فيها كالعشر

(٩٩٩٠) «المجموع» شرح المهذب، ج١٦، ص٢٦.

(٩٩٩١) «المجموع» (التكملة الثانية) لشرح المهذب، ج١٦، ص٢٦-٢٧.

(٩٩٩٢) «المجموع» (التكملة الثانية) لشرح المهذب، ج١٦، ص٢٧.

(٩٩٩٣) «المجموع» (التكملة الثانية) لشرح المهذب، ج١٦، ص٢٧-٢٨.

سنين، ولا ذكر قدر الطعام والأدم صحَّ الخلع ويرجع إلى العرف والعادة، فمدّة الرضاع إلى حولين، والنفقة ما يستعمله مثله. وللوالد المخالع أن يأخذ منها أي من المختلعة ما يستحقه الولد من مؤنة وما يحتاج إليه، فإن أحب أنفقه بعينه وإن أحب أخذه لنفسه وأنفق على الولد غيره؛ لأنه بدل ثبت له في ذمتها فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره. وإن أذن بالإنفاق عليه ـ أي على الولد ـ جاز[٩٩٩٤].

٨٠٧٨ ـ الحكم عند الحنابلة إذا مات الصغير:

فإن مات الولد الذي خالعها على إرضاعه والانفاق عليه عشر سنين مثلاً بعد مدّة الإرضاع فلأبيه أن يأخذ ما بقي من نفقتـه يوماً فيوماً. ولو أراد الزوج المخالع أن يقيم بدل الرضيع غيره لترضعه وتكفله فرفضت ذلك، أو أرادت هي منه أن يأتيها بطفل آخر ترضعه وتكفله بدلاً عن الطفل الذي مات فرفض لم يجبر أحدهما على القبول لاختلاف الأطفال في قدر ما يرضعون وفي نوع الحضانة التي يحتاجونها[٩٩٩٥].

٨٠٧٩ ـ القول الراجـح:

والراجح من الأقوال في مسألة المخالعة على نفقة الصغير وحضانته وإمساكه، أن ننظر إلى مصلحة الصغير فإن من حقه النظر إلى مصلحته، وفي ضوء ذلك يترجح ما يأتي:

أولاً: تجوز المخالعة على نفقة الصغير أي يكون عوض الخلع تحمل المختلعة الإنفاق على ولدها من المخالع مدّة معينة.

ثانياً: تجوز المخالعة على نفقة الصغير وإبقائه عند أمه المدّة التي تناسبه، فإن كان انثى فإلى تسع سنين حيث يمكن أن تبلغ الأنثى والذكر إلى سبع؛ لأن حاجة الأنثى أن تبقى في حضانة أمها إلى هذه السن لتتعلم عادات النساء، والولد إلى هذه السن، فإن تجاوزها فكونه عند أبيه أنفع له ليتعلم عادات الرجال، وأما الأنثى فبعد سن التاسعة كونها عند أبيها أحفظ لها وأصون.

ثالثاً: يرجع إلى العرف في تعيين النفقة ومقدارها، ولا بأس من تعيينها وتحديد مقدارها.

رابعـاً: لا يجوز المخالعة على إسقاط الزوجة المختلعة حقها في حضانة ولدها الصغير بالتنازل عنه لأبيه الزوج المخالع؛ لأن الأم إنما تكون أحق بالولد لحق الولد؛ لأن كونه عندها

(٩٩٩٤) «المغني» ج٧، ص٦٥-٦٦، «كشاف القناع» ج٣، ص١٣١.

(٩٩٩٥) «المغني» ج٧، ص٦٦، «كشاف القناع» ج٣، ص١٣٢.

أنفع له، فإذا ثبت أن هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بأن تجعله عوضاً في الخلع.

خامساً: يجوز للمصلحة الشرعية الظاهرة جعل عوض الخلع ترك حضانة الصغير للأب المخالع، ويترك ذلك لظروف كل قضية على حدة استناداً من الأصل الذي ذكرناه؛ لأن هذا الاستثناء لمصلحة الصغير، ويرجع تقدير ذلك إلى القاضي.

المبحث الخامس

الوكالة في الخلـع

٨٠٨٠ ـ تصح الوكالة في الخلع:

يصح التوكيل من الزوجين في الخلع والقاعدة في الوكالة في الخلع هي: كل من صحَّ أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله ووكالته حراً كان أو عبداً ذكراً أو أنثى، مسلماً، أو كافراً؛ لأن كل واحد من هؤلاء يجوز أن يوجب الخلع فيصح أن يكون وكيلاً وموكلاً فيه، وعلى هذا يصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما دون الآخر، ولا خلاف في هذا. قال ابن قدامـة الحنبلي رحمـه الله تعـالى: «وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافاً»[٩٩٩٦]. ومن الواضح أن الخلع يصح من الزوج أو من الزوجة إذا كان أهلاً؛ لأن يخالع بنفسه لنفسه لتوافر الشروط المطلوبة فيه على النحو الذي بيّناه من قبل.

٨٠٨١ ـ توكيل الزوج من يخالع عنه:

إذا وكل الزوج غيره ليخالع عنه فقد يحدد لوكيله العوض الذي يخالع به، وقد يطلق له الوكالة فلا يقيـده بعوض معين، ولكل حالة أحكامها، وهذا ما نبينه فيما يلي:

٨٠٨٢ ـ الحالة الأولى: الزوج يحدد لوكيله العوض:

إذا قدر أو حدد الزوج لوكيله العوض فخالع به أو بما زاد عليه صحَّ الخلع ولزم العوض المسمى؛ لأنه فعـل ما أمره به موكله. وإن خالع بأقل منه ففيه عند الحنابلة وجهان:

الوجه الأول: لا يصح الخلع وهذا اختيار ابن حامد من الحنابلة وهو مذهب الشافعي؛ لأنه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى، ولأنه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالأجنبي.

(٩٩٩٦) «المغني» ج٧، ص٩٠ـ٩١، «مغني المحتاج في فقه الشافعية» ج٣، ص٢٦٧: والأصح صحة توكيله امرأة بخلع زوجته أو طلاقها.. وتوكيل الزوجة امرأة في خلعها صحيح قطعاً.

الوجه الثاني: يصح ويرجع على الوكيل بالنقص، وهذا قول ابي بكر من الحنابلة، لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الاطلاق[9997].

٨٠٨٣ ـ الحالة الثانية: الزوج لا يحدد لوكيله العوض:

وإذا وكل الزوج في خلع امرأته شخصاً وكالة مطلقة أي من غير تقدير ولا تحديد عوض صحَّ التوكيل. والمستحب تقدير العوض للوكيل؛ لأنه أسلم من الفرد وأسهل على الوكيل. فإن خالعها الوكيل بمهرها أو أكثر صحَّ الخلع ولزم العوض المسمى لأنه زاد خيراً. وإن نقص الوكيل من المهر رجع الموكل على الوكيل بالنقص وصحّ الخلع لأنه عقد معاوضة أشبه البيع. ولو خالع الوكيل بلا مال كان الخلع لغواً ولو خالع بنيّة الطلاق بل في الخلع ولا يصح الخلع إلا بعوض[9998].

٨٠٨٤ ـ توكيل الزوجة من يخالع عنها:

إن من وكلت الزوجة في مخالعتها من زوجها مخالع وكيلها بمهرها فما دونه إن لم تعين له ما يخالع به، أو خالع بما عينته له فما دونه صحَّ الخلع لصدوره من أهله في محله. وإن زاد وكيلها عما عينته أو عن مهرها إذا لم تعين له ما يخالع به صحَّ الخلع ولزمت الوكيل الزيادة؛ لأن الزوجة رضيت بدفع العوض الذي يقع الخلع به عند الاطلاق كما يقع الخلع بالقدر المأذون فيه مع التقدير ـ تقدير العوض، والزيادة لازمة للوكيل هو يتحملها؛ لأنها تعتبر عوضاً بذله في الخلع فصحَّ منه ولزمه كما لو لم يكن وكيلاً، وهذا عند الحنابلة[9999].

وعند المالكية، عند عدم تسمية العوض يتحمل الوكيل الزيادة على مهر المثل إذا خالع بما يزيد عليه، كما يتحمل الزيادة على ما عينته له من عوض إذا خالع بما يزيد عليه. أما لو خالع بأقل مما عينته له أو بأقل من مهر مثلها إن لم تعين له عوضاً، فلا شيء عليه[10000].

ومذهب الشافعية كمذهب المالكية فيما ذكرناه عنهم[10001].

٨٠٨٥ ـ مخالفة الوكيل لجنس العوض ونحوه:

وإن خالف وكيل الزوج أو وكيل الزوجة جنس العوض بأن وُكِّل أن يخالع على نقد فخالع

(٩٩٩٧) «المغني» ج٧، ص١٩١.

(٩٩٩٨) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٣٧.

(٩٩٩٩) «كشاف القناع في فقه الحنابلة» ج٣، ص١٣٧.

(١٠٠٠٠) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٢٥، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٥٥.

(١٠٠٠١) «نهاية المحتاج» ج٦، ص٣٩٤، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٧.

على عرض كثياب مثلاً أو بالعكس، أو خالف بجعله العوض مؤجلا بينما كانت الوكالة بجعله حالاً، أو خالف في نوع النقد كأن وكل بأن يخالع على ألف دينار من نقد البلد فخالع على ألف دينار من غير نقد البلد، لم يصح الخلع في هذه الحالات للمخالفة إلا في حالة مخالفة وكيل الزوجة بجعل العوض مؤجلاً مع أن وكالته بجعله حالاً وإلا في حالة مخالفة وكيل الزوج في جعله العوض حالاً مع أن وكالته بجعل العوض مؤجلاً. لأن هذه المخالفة في الحالتين تنفع الموكل ولا تضره[10002].

٨٠٨٦ ـ الوكيل عن الزوجين:

يصح أن يكون الشخص وكيلاً عن الزوجين في المخالعة، ويتولى عقد الخلع عنهما بهذه الصفة فقد جاء في كشاف القناع في فقه الحنابلة: «ولو كان وكيل الزوج والزوجة واحداً فله أن يتولى طرفي العقد كالنكاح»[10003]. وعند الشافعية لا يصح أن يتولى شخص واحد الوكالة عن الزوجين ويتولى عقد الخلع عنهما بهذه الصفة، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ولو وكل الزوجان معاً رجلاً في الخلع تولى طرفاً منه، أي تولى أي طرف شاء من عقد الخلع، والطرف الآخر يتولاه أحد الزوجين أو وكيله، ولا يتولى الطرفين ـ أي لا يتولى وكيلهما طرفي عقد الخلع ـ كما في البيع وغيره[10004].

(١٠٠٠٢) «كشاف القناع» ج٣، ص١٣٧.

(١٠٠٠٣) «كشاف القناع» ج٣، ص١٣٧.

(١٠٠٠٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٧-٢٦٨.

المبحث السادس

إذن القاضي في الخلع

٨٠٨٧ ـ هل يشترط إذن القاضي لجواز الخلع؟

المخـالعة عقد بين الزوجين لإنهاء العلاقة الزوجية وقطع رابطتها بالتراضي بين الزوجين وبإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر، وعلى هذا فلا حاجة لاذن القاضي لجوازه وضمنه، كما لا حاجة لجواز العقود الأخرى كالنكاح والبيع ونحوهما. وهذا هو قول الجمهور فلا يشترطون لجواز الخلع أو صحته إذن القاضي. وذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط إذن القاضي لجوازه، ونذكر فيما يلي أقوال الطرفين.

٨٠٨٨ ـ أقوال الجمهور في جواز الخلع بلا إذن القاضي:

أ ـ جاء في «المغني»: «ولا يفتقر الخلع إلى حاكم نصَّ عليه أحمد، فقال: يجوز الخلع دون السلطان. وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأهل الرأي..»[١٠٠٠٥].

ب ـ وجاء في «المبسوط» للسرخسي في فقه الحنفية: «والخلع جائز عند السلطان وغيره»[١٠٠٠٦].

جـ ـ وفي «الشرح الكبير» للدردير: «جاز الخلع وهو الطلاق بعوض وبلا حاكم، أي جاز الخلع حالة كونه بحاكم أو بلا حاكم»[١٠٠٠٧].

٨٠٨٩ ـ أقوال المشترطين إذن القاضي:

أ ـ جاء في «المغني» «وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز ـ أي الخلع ـ إلا عند السلطان»[١٠٠٠٨].

(١٠٠٠٥) «المغني» ج٧، ص٥٢.

(١٠٠٠٦) «المبسوط» للسرخسي، ج٦، ص١٧٣.

(١٠٠٠٧) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٤٧.

(١٠٠٠٨) «المغني» ج٧، ص٥٢.

ب ـ وفي «أحكـام القرآن» للجصاص: «وقد اختلـف السلف في الخلع دون السلطان، فروي عن الحسن وابن سيرين أن الخلع لا يجوز إلا عند السلطان. وقال سعيد بن جبير: لا يكون الخلع حتى يعظها فإن اتعظت وإلا هجرها فإن اتعظت وإلا ضربها فإن اتعظت وإلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها فيرويان ما يسمعان إلى السلطان، فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق وإن رأى أن يجمع جمع»[10009]. ومثل هذا ذكر ابن حزم في «المحلى» وذكر عن محمد بن سيرين قوله: «كانوا يقولون لا يجوز الخلع إلا عند السلطان»[10010].

جـ ـ وذكـر ابن حجـر العسقـلاني في «شـرحه لصحيح البخاري» قول الحسن البصري ومحمد بن سيرين: «لا يجوز الخلع دون السلطان» وإن أبا عبيد اختار هذا القول[10011].

٨٠٩٠ ـ حجة من اشترط إذن القاضي لجواز الخلع:

أولاً: قال ابن حجر العسقلاني: «استدل أبو عبيد في اشتراطه إذن القاضي لجواز الخلع بقوله تعالى: **﴿فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله﴾** ويقول تعالى: **﴿وإنْ خِفْتُم شِقَاق بَيْنِهِمَا فابعثُوا حَكَماً مِنْ أهْلِهِ وحَكَماً من أهلِها..﴾**[10012]. قال فجعل الخوف لغير الزوجين، ولم يقل فإن خافا، والمراد الولاة[10013].

ثانياً: وقال صاحب «فتح القدير»: «وأما وجه من قال لا بد من إذن الإمام، أي السلطان أو القاضي، فلم أره. ويظهر أن قوله تعالى: **﴿فَإنْ خِفْتُمْ أنْ لاَ يُقِيمَا حُدودَ الله فَلا جُناح عَليهِمَا فِيمَـا افْتَـدَتْ بِهِ﴾**، فإنه تعالى شرعه مشروطاً لخوف الأئمة والحكام إذ هم المخاطبون بقوله تعالى: **﴿فإنْ خِفْتُمْ أنْ لاَ يُقِيمَا حُدودَ الله﴾** وهذا فرع الترافع إليهم»[10014].

٨٠٩١ ـ حجة الجمهور لجواز الخلع بلا إذن القاضي:

احتج الجمهور المجيزون للخلع دون إذن السلطان أو نائبه القاضي بجملة أدلة نذكرها فيما يلي:

(١٠٠٠٩) «أحكام القرآن» للجصاص، ج١، ص٣٩٥.

(١٠٠١٠) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٣٧.

(١٠٠١١) «شرح ابن حجر العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٣٩٧.

(١٠٠١٢) [سورة النساء] الآية ٣٥.

(١٠٠١٣) «شرح ابن حجر العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٣٩٧.

(١٠٠١٤) «فتح القدير» شرح الهداية في فقه الحنفية، ج٣، ص٢٠٢.

أولاً: بالنسبة لما احتج به المشترطون إذن القاضي لجواز الخلع، ردّ عليهم الجمهور بما يأتي:

أ ـ إن الطلاق جائز دون الحاكم أي بدون حاجة إلى إذنه فكذلك الخلع[10015].

ب ـ الآية الكريمة: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلا جُناحَ عَلَيهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾، المراد من هذه الآية: إذن الأئمة من تمكينهم من الخلع إذا خافوا عليهما عدم القيام بالمواجب فيما ارتفعوا إليهم، وليس المراد وجوب الترافع إليهم لأخذ الإذن منهم لاجازة الخلع فيما بينهم. وعلى اعتبار أن هذا هو المراد من الآية الكريمة، فإن الأئمة والحكام يمنعونهم من الخلع عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى وليس بالحكم والالتزام[10016].

ثانياً: قال الإمام الجصاص: «كتاب الله يوجب جواز الخلع، وهو قوله تعالى: ﴿**فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِما فِيما افْتَدَتْ بِهِ**﴾، فأباح الأخذ منها ـ من الزوجة ـ بتراضيهما من غير سلطان»[10017].

ثالثاً: أخرج البخاري في صحيحه أن عمر بن الخطاب وعثمان رضي الله عنهما أجازا الخلع دون السلطان[10018]. وأخرج البيهقي أن عثمان رضي الله عنه أجاز الخلع دون السلطان[10019].

رابعاً: إن الخلع عقد معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح ولأنه قطع عقد بالتراضي أشبه الإقالة[10020].

٨٠٩٢ ـ القول الراجح:

والراجح قول الجمهور فيجوز الخلع بتراضي الزوجين دون حاجة إلى إذن السلطان أو نائبه القاضي لما استدل به الجمهور ولضعف حجة المشترطين إذن القاضي، بل لا حجة لهم كما

(١٠٠١٥) «شرح ابن حجر العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٣٩٧.

(١٠٠١٦) «فتح القدير»، ج٣، ص٢٠٢.

(١٠٠١٧) «أحكام القرآن» للجصاص، ج١، ص٣٩٥.

(١٠٠١٨) «شرح ابن حجر العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٣٩٤.

(١٠٠١٩) «السنن الكبرى» للبيهقي، ج٧، ص٣١٥: إن ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها إلى عبدالله بن عمر وأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمن عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره.

(١٠٠٢٠) «المغني» ج٧، ص٥٢.

قال ابن حزم، في قولهم: «وهـذا كلّه لا حجة على تصحيحه»[10021]، أي على اشتراط إذن القاضي لجواز الخلع.

(10021) «المحلّى» ج10، ص237.

المبحث السابع

آثار الخلـــع

٨٠٩٣ ـ تمهيـد:

يمكن أن نجمـل آثـار الخلع بنـوعين من الآثـار: (الأول): وقـوع الفرقة بين الزوجين. (والثاني): سقوط الحقوق الزوجية، على اختلاف بين الفقهاء في مدى هذا السقوط وما يشترط له. وقد يقع اختلاف بين الزوجين بشأن وقوع الخلع فيدعيه أحدهما وينكره الآخر، وقد يتفقان عليه ويختلفان في مقدار العوض، فما الحكم في هذه الاختلافات؟

٨٠٩٤ ـ منهج البحث:

وبناء على ما تقدم نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين المختلعين (وقوع الفرقة بالخلع).

المطلب الثاني: أثر الخلع في الحقوق الزوجية.

المطلب الثالث: الاختلافات في الخلع ومتعلقاته.

المطلب الأول

وقوع الفرقة بالخلع

٨٠٩٥ ـ نوع الفرقة بالخلع:

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الخلع، فمنهم من قال إن هذه الفرقة طلاق بائن. ومنهم من قال إنها طلاق رجعي. ومنهم من قال إن هذه الفرقة في الأصل هي طلاق بائن ويصير رجعياً بشروط. ومنهم من قال إن الفرقة فسخ. ونذكر فيما يلي أقوال فقهاء المذاهب المختلفة وتكييفهم للفرقة الواقعة بالخلع وبيان أدلتهم فيما ذهبوا إليه.

٨٠٩٦ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

وخـلاصـة مذهبهم، أن الخلع إن كان بغير عوض كمـا لو قال لزوجتـه (خالعتك) ولم يذكر

عوضاً، فإن نوى به الطلاق كان طلاقاً وإلا فلا، لأنه من كنايات الطلاق، وإن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً وإن نوى اثنتين فهي واحدة بمنزلة قوله أنت بائن. وإذا كان الخلع بعوض كما لو قال: (خالعتك على مائة دينار) فإن الواقع به فرقة بطلاق بائن[١٠٠٢٢]. وفي «المبسوط» للسرخسي: «والخلع تطليقة بائنة عندنا»[١٠٠٢٣].

٨٠٩٧ ـ أدلة الحنفية[١٠٠٢٤]:

أ ـ إن لفظ خالعتك ونحوها من ألفاظ الكنايات وإنها بوائن أي يقع بها الطلاق بائناً إذا نواه الزوج.

ب ـ إن الخلع طلاق بعوض وقد ملك الزوج العوض بقبولها فلا بدّ وأن تملك الزوجة نفسها تحقيقاً للمعاوضة، ولا تملك نفسها إلا بالطلاق البائن.

جـ ـ إنها بذلت العوض لتخليص نفسها من قيد الزوجية، ولا تتخلص إلا بالطلاق البائن؛ لأن الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي فلا تتخلص من زوجها مع ذهاب ما بذلته من مال بغير شيء، وهذا لا يجوز.

د ـ إن لفظ (الخلع) يدل على الطلاق لا على الفسخ؛ لأنه مأخوذ من الخلع وهو النزع، والنزع إخراج الشيء من الشيء في اللغة، قال تعالى: ﴿**وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدورِهِمْ مِنْ غِلٍّ**﴾، أي أخرجنا. وقال سبحانه وتعالى: ﴿**وَنَزَعَ يَدَهُ**﴾ أي أخرجها من جيبه. فكان معنى قول الزوج لزوجته (خالعتك) أي أخرجتك من ملك النكاح، وهذا معنى الطلاق البائن. وفسخ النكاح يعني رفعهٌ من الأصل وجعله كأن لم يكن رأساً ولا يتحقق فيه معنى الإخراج. وإثبات حكم اللفظ على وجه يدل عليه اللفظة لغةً أولى.

هـ ـ فسخ العقد لا يكون إلا بالعوض الذي وقع عليه العقد كالإقالة في باب البيع، بينما يجوز إيقاع الخلع على ما وقع عليه النكاح من مهر وعلى غيره، وهذا يدل على أن الخلع ليس فسخاً.

و ـ القائلون بأن الفرقة فسخ يحتجون بالآية الكريمة: ﴿**الطَّلاقُ مَرَّتَانِ..**﴾ إلى قوله تعالى: ﴿**فإنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ**﴾ ووجه الاحتجاج أن الله تعالى ذكر أن الطلاق مرتان ثم ذكر الخلع بقوله: ﴿**فَلا جُنَاحَ عليهِمَا فِيمَا افتدَتْ بِهِ**﴾، ثم ذكر الطلاق أيضاً بقوله عزّ وجلّ:

(١٠٠٢٢) «البدائع» ج٣، . ص١٤٤.

(١٠٠٢٣) «المبسوط» ج٦، ص١٧١.

(١٠٠٢٤) «البدائع» ج٣، ص١٤٤ـ١٤٥، «المبسوط» ج٦، ص١٧١ـ١٧٢.

﴿فإنْ طلَّقَها...﴾ فلو جعلنا الخلع طلاقاً لصار عدد الطلاق أكثر من ثلاث وهذا لا يجوز.

والحنفية يجيبون على هذا الاحتجاج بقولهم: بأن ذكر الخلع في قوله تعالى: ﴿فلا جُنَاح عليهمَا فِيمَا افتَدَتْ بِهِ﴾ هذا الخلع الذي تشير إليه هذه الآية يرجع إلى الطلاقين المذكورين، إلّا أنه ذكرهما بغير عوض ثم ذكرهما بعوض ثم ذكر سبحانه وتعالى الثالثة بقوله تعالى: ﴿فإنْ طلّقها..﴾.

ز - روي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفاً عليهم ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ: «الخلع تطليقة بائنة».

٨٠٩٨ - ثانياً: مذهب المالكية:

وعندهم الفرقة بالخلع طلاق بائن فقد جاء في بداية المجتهد «وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق بائن وبه قال مالك»[١٠٠٢٥].

وقال ابن جزي المالكي «الخلع جائز عند الجمهور... فتقع بذلك طلقة بائنة»[١٠٠٢٦].

٨٠٩٩ - ثالثاً: مذهب الحنابلة[١٠٠٢٧]:

اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع ففي إحدى الروايتين عنه أنه فسخ وهذا قول أبي بكر من الحنابلة، وهو قول ابن عباس وطاووس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي. (والرواية الثانية) أنه طلقة بائنة. روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح ومجاهد، والنخعي، والشعبي، والزهري، ومكحول، وابن أبي نجيح، ومالك، والأوزاعي، والثوري، وأصحاب الرأي.

وقد روي هذا القول عن عثمان، وعلي، وابن مسعود، ولكن ضعّف الإمام أحمد الحديث عنهم وقال ليس في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ.

واحتجّ ابن عباس بأنه فسخ بقوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مرَّتانِ﴾ ثم قال تعالى: ﴿فَلا جُنَاح عَليهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، ثم قال تعالى: ﴿فإنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلّ لَهُ من بعدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَه﴾، فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً. ولأنها فرقة

(١٠٠٢٥) «بداية المجتهد» لابن رشد، ج٢، ص٥٧.

(١٠٠٢٦) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص٢٥٧.

(١٠٠٢٧) «المغني» ج٧، ص٥٦-٥٧.

خلت عن صريح الطلاق ونيّته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ.

(ووجه) الرواية الثانية: أن الزوجة بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن تكون الفرقة بالخلع طلاقاً. ولأن المخالع أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقاً كغير الخلع.

٨١٠٠ ـ ويبدو أن فقهاء الحنابلة المتأخرين استقروا على الرواية الثانية عن أحمد القائلة أن الفرقة بالخلع طلاق بائن، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «والخلع طلاق بائن»[١٠٠٢٨]، ويستثنى من ذلك: «أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولا ينوي به الطلاق فيكون فسخاً لا ينقص به عدد الطلاق ولو لم ينو بهذه الألفاظ الخلع لأنها صريحة فيه[١٠٠٢٩].

وكنايات الخلع هي: باريتك، أبرأتك، أبنتك. ويقع بهذه الألفاظ الخلع من زوجها وبذلت العوض مستعملة في طلبها لفظاً من كنايات الخلع، فإن الخلع يقع من غير نية؛ لأن دلالة الحال تغني عن النيّة فيه[١٠٠٣٠]، وهذا سواء قلنا إن الخلع فسخ أو طلاق بائن[١٠٠٣١].

٨١٠١ ـ رابعاً: مذهب الشافعية[١٠٠٣٢]:

قالوا: الفرقة بلفظ الخلع طلاق ينقص العدد كلفظ الطلاق؛ لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين في قوله تعالى: ﴿**الطَّلاقُ مرَّتَان..**﴾ ثم قال تعالى: ﴿**فَلَا جُنَاح عليهما فيما افْتَدَتْ به..**﴾. ثم قال تعالى: ﴿**فإنْ طلَّقها فلا تحِلُّ لهُ منْ بعدُ حتَّى تنكِح زوجاً غيره..**﴾، فدلّ ذلك على أن الخلع ملحق بهما، ولأنه لو كان الخلع فسخاً لما جاز على غير المهر؛ لأن الفسخ يوجب استرجاع البدل، وهو أي البدل، في فسخ النكاح المهر، كما أن الإقالة في البيع توجب استرجاع الثمن.

وفي قول عند الشافعية أن الخلع فسخ لا ينقص عدد الطلاق ولهذا يجوز تجديد عقد النكاح بعد تكرر الخلع من غير حصر لأنها فرقة حصلت بمعاوضة فتكون فسخاً، وهذا القول منسوب إلى المذهب القديم للشافعي رحمه الله تعالى.

(١٠٠٢٨) ««كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٨.

(١٠٠٢٩) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٨

(١٠٠٣٠) «كشّاف القناع» ج٣، ص١٢٩.

(١٠٠٣١) «المغني» ج٧، ص٥٧.

(١٠٠٣٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٨.

٨١٠٢ ـ لفظ (المفاداة) كلفظ (الخلع):

ولفظ (المفاداة) لقول الزوج لزوجته فاديتك بكذا، حكمها (كخلع) في صراحتـه الآتية في القول الأصح في المذهب. ولفظ (الخلع) صريح في الطلاق فلا يحتاج معه لنيَّة، وعلى هذا لو جرى بغير ذكر مال مع زوجته بنيّة التماس قبولها ولم ينفِ العوض كأن قال لها: خالعتك أو فاديتك، ونوى التماس قبولها فقبلت بانت أي دفع طلاق بائن ووجب لها مهر مثل في القول الأصح في المذهب. ولكن لو نفى العوض في مخالعته فقال: خالعتكِ بلا عوض. فالواقع في هذه المخالعة طلاق رجعي إن قبلت ونوى التماس قبولها، فإن لم تقبل لم تطلق، وإن قبلت ولم ينو التماس قبولها ونوى الطلاق وقع الطلاق رجعياً ولا مال للزوج.

٨١٠٣ ـ خامساً: مذهب الظاهرية:

ومذهب الظاهرية كما بيَّنه الإمام ابن حزم الظاهري بقوله: «وأما هل الخلع طلاق بائن أو رجعي، فقالت طائفة هو طلقة بائنة. وأما من قال إن الخلع طلاق رجعي فكما روينا عن سعيد ابن المسيب أنـه قال في المختلعـة: إن شاء أن يراجعهـا فليردْ عليها ما أخذ منها في العدّة وليشهد على رجعتها. ثم قال ابن حزم: وما وجدنا قط في دين الإسلام عند الله تعالى ولا عن رسوله ﷺ طلاقاً بائناً لا رجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التي لم يطأها ولا مزيد. وأما ما عدا ذلك فآراء لا حجة فيها. وأما رده ما أخذ منها فإنما أخذه لئلا تكون في عصمته، فإذا لم يتم لها مرادها فمالها الذي لم تعطه إلا لذلك مردود عليها»(١٠٠٣٣).

ومعنى ذلك أن للزوج المخالع أن يراجع زوجته المختلعة في العدّة لأن الواقع بالخلع طلاق رجعي، ولكن عليه أن يرد عليها عوض الخلع، وإن شاء لم يراجعها في العدّة فتبين منه بطلقة بائنة ويبقى عوض الخلع له.

٨١٠٤ ـ سادساً: مذهب الزيدية:

وعندهم الخلع طلاق بائن إن وقع بشروطه وإلا فطـلاق رجعي، فقد جاء في شرح الأزهار في فقه الزيدية «وهو ـ أي الخلع ـ حيث وقع بشرط أو عقد ولم يختل شيء من قيوده المتقدمة فهو طلاق بائن يمنع الرجعة. وإذا اختل شيء من القيود التي اعتبرت في الخلع فإنه يصير طلاقاً رجعياً، وذلك نحو أن يطلقها بعوض غير مال..»(١٠٠٣٤).

(١٠٠٣٣) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص٢٣٩-٢٤٠.

(١٠٠٣٤) «شرح الأزهار» ج٢، ص٤٥٠-٤٥١.

٨١٠٥ ـ سابعاً ـ مذهب الجعفرية:

وعندهم الفرقة بالخلع طلاق بائن ويصير رجعياً إن رجعت المختلعة في العوض الذي بذلته لزوجها، فيكون لزوجها حق مراجعتها، ويشترط في رجوع المختلعة في العدّة كما يشترط في مراجعة الزوج أن تكون في العدّة. وهذا ما يفهم من قول صاحب المختصر النافع: «لا رجعة للخالع. نعم لو رجعت في البذل رجع ـ أي الزوج ـ إن شاء، ويشترط رجوعها في العدّة، ثم لا رجوع بعدها»[١٠٠٣٥].

٨١٠٦ ـ القول الراجح:

أولاً: قول من قال إنَّ الخلع طلاق رجعي، قول ضعيف، بل إن شيخ الإسلام ابن تيمية خطّأه، فقال رحمه الله تعالى عن هذا القول: «وهذا خطأ، فإن مقصود الافتداء لا يحصل إلا مع البينونة، ولهذا كان حصول البينونة بالخلع مما لم يعرف فيه خلاف بين المسلمين..»[١٠٠٣٦]. وقال ابن قدامة الحنبلي: قوله تعالى: **﴿فِيمَا افْتدت بِهِ﴾** يدل على أن الفرقة بالخلع لا تكون فداء بالطلاق الرجعي، لأنها تكون فداءً إذا خرجت عن سلطان الزوج، ولا تخرج عن سلطانه إلا إذا وقعت البينونة دون أن يكون للزوج حق الرجعة. ولأن القصد من الخلع إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر ولأن المرأة إنما بذلت المال لتملك نفسها فلا يملك الزوج إرجاعها بإرادته، فالقول بأن الفرقة بالخلع طلاق رجعي يناقض طبيعة الخلع وحكمة تشريعه[١٠٠٣٧].

٨١٠٧ ـ ثانياً: وإذ تبين ضعف أو خطأ القول بأن فرقة الخلع طلاق رجعي بقي السؤال هل الفرقة بالخلع فرقة طلاق بائن أم فرقة فسخ؟ رجح شيخ الإسلام ابن تيمية القول بأن الواقع بالخلع فسخ وليس طلاقاً بائناً، فقد قال رحمه الله عن هذا القول بأنه «ثابت عن ابن عباس باتفاق أهل المعرفة بالحديث، وهو قول أصحابه كطاووس وعكرمة وهو أحد قولي الشافعي وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل وغيره من فقهاء الحديث، وإسحاق بن راهويه وابن خزيمة. واستدل ابن عباس على ذلك بأن الله تعالى ذكر الخلع بعد طلقتين ثم قال تعالى: **﴿فإن طلَّقَها فَلا تحِلُ لهُ مِنْ بعدُ حتَّى تنكح زوجاً غيره﴾**، فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلاق أربعاً..»[١٠٠٣٨].

(١٠٠٣٥) «المختصر النافع في فقه الجعفرية» ص٢٨٠.

(١٠٠٣٦) «فتاوى ابن تيمية» طبعة فرج الله كردي، ج٣، ص٣٢.

(١٠٠٣٧) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص٦٠.

(١٠٠٣٨) «فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ج٣، ص٣٢.

٨١٠٨ - **ثالثاً**: والذي أميل إلى ترجيحه هو ما رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية، فالخلع فسخ وليس طلاقاً بائناً لما استدل به أصحاب هذا القول؛ ولأنه هو القول الثابت عن ابن عباس كما ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية، وإن كل ما روي خلاف هذا القول عن ابن عباس أو عن غيره من الصحابة «لم يثبت عن واحد منهم بل ضعّف أحمد بن حنبل وابن خزيمة وابن المنذر وغيرهم جميع ما روي في ذلك عن الصحابة»[١٠٠٣٩].

٨١٠٩ - اشتراط الرجعة في الخلع:

أولاً: مذهب الشافعية:

وإذا لم تثبت الرجعة للزوج المخالع باعتبار أن الفرقة بالخلع طلاق بائن أو فسخ، فهل تثبت الرجعة للزوج باشتراطها في عقد الخلع فيحق له مراجعة زوجته المختلعة وهي في العدّة بناء على اشتراط مراجعتها في العدّة، كما لو قال خالعتك على مائة دينار على أن لي عليك حق الرجعة في العدّة، فقبلت ذلك؟ قال الشافعية تثبت للزوج الرجعة بناء على اشتراطها في عقد الخلع وعلى أساس سقوط بدل الخلع وصيرورة الخلع طلاقاً رجعياً، فقد جاء في مغني المحتاج في فقه الشافعية: «وإذا خالع أو طلّق زوجته بعوض فلا رجعة له عليها، فإن شرطها عليها كقوله: خالعتك أو طلقتك بدينار على أن لي عليك الرجعة فطلاق رجعي يقع في المسألتين؛ لأن شرط الرجعة والمال - عوض الخلع - متنافيان فيسقطان ويبقى مجرد الطلاق..»[١٠٠٤٠].

٨١١٠ - ثانياً: مذهب الحنابلة والحنفية:

وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فإن شرط في الخلع أن له الرجعة، فقال ابن حامد - من فقهاء الحنابلة - يبطل الشرط ويصح الخلع وهو قول أبي حنيفة. وإحدى الروايتين عن مالك لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً، فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح. ويحتمل أن يبطل الخلع وتثبت الرجعة وهو منصوص الشافعي لأن شرط العوض والرجعة متنافيان فإذا شرطاهما سقطا وبقي مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط، ولأنه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه فأبطله كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع»[١٠٠٤١].

(١٠٠٣٩) «فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ج٣، ص٣٢.

(١٠٠٤٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٧١.

(١٠٠٤١) «المغني» ج٧، ص٦٠.

٨١١١ - ثالثاً: مذهب الزيدية:

وعند الزيدية إذا شرط الزوج المخالع في عقد الخلع أن له الرجعة فالشرط يلغو ويصح عقد الخلع[١٠٠٤٢]. فمذهب الزيدية كمذهب الحنابلة ومن وافقهم.

٨١١٢ - ما يترتب على اعتبار الخلع فسخاً أو طلاقاً:

وحيث اعتبرنا الخلع فسخاً فإن للمخالع أن يعيدها بعقد نكاح جديد وإن تكرر منه الخلع، لأن الفسخ لا ينقص من عدد الطلاق الذي يملكه الزوج على زوجته، وعلى هذا فهي تعود إليه بعقد النكاح الجديد بما كان يملكه عليها قبل الخلع.

أما إذا اعتبرنا الخلع طلاقاً بائناً فإنه ينقص من عدد الطلاقات التي يملكها عليها، فإن كان قد طلّقها طلقة واحدة، ثم خالعها ثم عقد نمكاح جديد عليها فإنها تعود إليه وهو يملك عليها طلقة واحدة فقط. وإن لم يكن قد طلّقها قبل الخلع ثم خلعها ثم أعادها إليه بعقد نكاح جديد فإنها تعود إليه وهو يملك عليها طظلقتين لأن مخالعته معها وقد اعتبرت تطليقة بائنة. أنقصت واحدة الطلقات الثلاث التي كان يملكها فبقيت له عليها طلقتان فتعود إليه وهو يملك عليها طلقتين[١٠٠٤٣].

المطلب الثاني

أثر الخلع في الحقوق الزوجية

٨١١٣ - تمهيد ومنهج البحث:

وإذا تم عقد الخلع بين الزوجين فهل يؤثر ذلك في الحقوق الزوجية التي لكل من الزوجين على الآخر أم يقتصر أثر الخلع على عوض الخلع فيملكه الزوج وتلتزم الزوجة بتسليمه إلى الزوج إن لم تكن قد سلمته؟ اختلاف بين الحنفية والجمهور. وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: مذهب الحنفية.

الفرع الثاني: مذهب الجمهور.

(١٠٠٤٢) «شرح الأزهار» ج٢، ص٤٥٠.

(١٠٠٤٣) «البدائع» ج٣، ص١٥١.

الفرع الأول

مذهب الحنفية

في أثر الخلع في الحقوق الزوجية

٨١١٤ ـ اختلاف أثر الخلع باختلاف صيغه:

الخلع بين الزوجين قد يكون بلفظ الطلاق على مال. وقد يكون بلفظ الخلع. وقد يكون بلفظ المبارأة. ولكل واحدة من هذه الصيغ آثار معينة عند الحنفية مع اختلاف فيما بينهم بشأنها، وهذا ما نبينه في الفقرات التالية:

٨١١٥ ـ أولاً: آثار الخلع بصيغة الطلاق على مال:

الطلاق على مال كما لو طلبت منه أن يطلقها على أن تعطيه شيئاً معيناً. ولا خلاف بين الحنفية في أن الطلاق على مال لا يبرأ به الزوج من سائرالحقوق الزوجية التي وجبت لزوجته بعقد النكاح كالمهر. ولا خلاف بينهم أيضاً في أن الديون التي وجبت للزوجة على زوجها لا بسبب عقد النكاح، أن هذه الديون لا تسقط إذا وقع الطلاق على مال

٨١١٦ ـ ثانياً: آثار الخلع بلفظ الخلع أو المبارأة:

إذا وقع الخلع بلفظ (الخلع) أو بلفظ (المبارأة) فعند أبي حنيفة: المبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح[١٠٠٤٤]. ولكن يلاحظ هنا أن قولهم بسقوط (كل حق حق لكل واحد من الزوجين) ليس على عمومه أو إطلاقه وإنما هو يتعلق بالمهر والنفقة الماضية للزوجة إذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدّة والسكنى في العدّة، فلا تقع البراءة منهما وإن كانا من الحقوق الزوجية، وللمختلعة النفقة والسكنى إلا إذا اختلعت على نفقة العدّة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع.

وقال الإمام محمد صاحب أبي حنيفة إذا جرى الخلع بلفظ (الخلع) أو بلفظ (المبارأة) سقط من الحقوق ما سماه الزوجان واتفقا عليه فقط دون مالم يسمياه. والإمام أبو يوسف مع الإمام محمد فيما ذهب إليه إذا وقعت المخالعة بلفظ (الخلع). وهو ـ أي أبو يوسف ـ مع أبي حنيفة إذا وقعت المخالعة بلفظ (المبارأة).

وعلى هذا لو كان مهرها ألف درهم فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة. وفي قول محمد وأبي يوسف ترجع

(١٠٠٤٤) «الهداية» ج٣، ص٢١٣.

عليه بنصف مهرها المسمى مع نقيصة مائة درهم منه أي ترجع عليه بأربعمائة درهم. ولو دفعت المخالعة بلفظ (المبارأة) على مائة درهم فليس للزوجة أن ترجع عليه بشيء في مثالنا هذا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. أما في قول محمد فإنها ترجع عليه بأربعمائة درهم كما في الحالة الأولى[١٠٠٤٥].

٨١١٧ ـ التفصيل في سقوط المهر:

وسقوط المهر إذا جرت المخالعة بلفظ (الخلع) أو بلفظ (المبارأة) على الخلاف الذي ذكرناه عن أبي حنيفة وصاحبيه، فيه شيء من التفصيل إذ ليس هو على إطلاقه فقد لا ينكر الزوجان عوضاً في مخالعتهما، أو يذكران المهر عوضاً فيها أو يذكران بعض المهر أو مالاً آخر عوضاً فيها، ولكل حالة من هذه الحالات حكمها[١٠٠٤٦].

٨١١٨ ـ الحالة الأولى: عدم ذكر العوض في المخالعة:

إذا لم يسم الزوجان عوضاً في مخالعتهما كأن يقول الزوج لزوجته: خالعتكِ. فتقول الزوجة: قبلت. ففي هذه الحالة ثلاث روايات في مذهب الحنفية هي ثلاثة أقوال في المذهب:

أ ـ الرواية الأولى أو القول الأول: لا يبرأ الزوج من المهر، وللزوجة أن تطالبه به إن لم تكن قد قبضته قبل المخالعة.

ب ـ الرواية الثانية أو القول الثاني: يبرأ كل من الزوجين من المهر كما يبرأ من كل دين سواه بسبب عقد النكاح.

جـ ـ الرواية الثالثة أو القول الثالث: يبرأ كل من الزوجين من المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الآخر، وهو الصحيح على قول أبي حنيفة سواء كان قبل الدخول أو بعده مقبوضاً كان أم لا، فلا ترجع عليه بشيء إن لم يكن قد قبضته ولا يرجع عليها الزوج به إن كان قد قبضته كلّه، والخلع جرى قبل الدخول. وهذا لأن المال يعتبر مذكوراً عرفاً في المخالعة، فحيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة أن المراد هو الانخلاع منه أي من النكاح.

٨١١٩ ـ الحالة الثانية: العوض مذكور في المخالعة:

إذا سمى الزوجان المهر عوضاً في المخالعة، فالحكم في هذه الحالة كما يلي:

(١٠٠٤٥) «شرح العناية على الهداية» ج٣، ص٢١٥.

(١٠٠٤٦) «فتح القدير شرح الهداية» ج٣، ص٢١٥-٢١٦.

أ ـ إن كان الخلع بعد الدخول والمهر غير مقبوض سقط عن الزوج كل المهر. وإن كان مقبوضاً رجع عليها بجميعه، بالشرط أي بذكره عوضاً في المخالعة.

ب ـ وإن كان الخلع قد جرى قبل الدخول، وقد ذكر المهر فيه عوضاً كما قلنا، فإن كان المهر مقبوضاً وجب ـ استحساناً ـ على الزوجة ردّه كلّه إلى الزوج: تـرد نصفه بموجب الشرط في الخلع وترد النصف الآخر لوقوع الخلع قبل الدخول؛ لأنها قبضت كل المهر مع أنها تستحق نصفه إذا وقعت الفرقة قبل الدخول. وإن لم تكن قد قبضت المهر فلا يرجع عليها الزوج بشيء ولا ترجع هي عليه بشيء.

جـ ـ وإن سمى الزوجان بعض المهر في المخالعة عوضاً فيها كأن خالعها على مائة دينار والمهر المسمى ألف دينار، فإن كان بعد الدخول والمهر كلّه مقبوض رجع الزوج عليها بمائة دينار بالشرط (أي بموجب عقد الخلع الذي جعل فيه العوض مائة دينار) وسلّم الباقي لها ـ أي تركه لها ولم يسترده منها ـ وإن كان المهر غير مقبوض سقط عنه كلّه: المائة بالشرط والباقي بحكم الخلع. وإن كان قبل الدخول وكلّه مقبوض رجع عليها بالمائة بالشرط وتبرأ الزوجة من الباقي من المهر الذي تستحقه وهو نصف المهر أي خمسمائة دينار في مثالنا لوقوع الفرقة قبل الدخول. وهذا على وجه الاستحسان وإن لم يكن المهر مقبوضاً سقط كلّه استحساناً: المائة بدل الخلع، والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع.

د ـ وإن سميا مالاً في الخلع غير المهر، فإن كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى في الخلع ليس غير. وإن لم يكن المهر مقبوضاً فله المسمى في الخلع وسقط عنه المهر بحكم الخلع. وإن كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلّم لها ما قبضته فلا يجب عليها رد شيء منه. وإن لم يكن المهر مقبوضاً فللزوج المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع.

٨١٢٠ ـ وحجة الإمام محمد فيما ذهب إليه من أن الذي يجب بعقد الخلع هو ما سماه الزوجان وجعلاه عوضاً في عقد الخلع دون ما سواه، أي أن أثر الخلع لا يظهر إلا في بدل الخلع الذي تلتزم الزوجة بأدائه إلى الزوج الذي يستحقه بموجب عقد الخلع. وحجة محمد في هذا أن المخالعة معاوضة وأثر المعاوضة ليس إلا في وجوب المسمى لا في إسقاط غيره، وصار كما إذا وقع الخلع بلفظ الطلاق على مال ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدّة وإن كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر[١٠٠٤٧].

(١٠٠٤٧) «فتح القدير» ج٣، ص٢١٦.

٨١٢١ - وحجة أبي يوسف في كونه مع أبي حنيفة في رأيه إذا كانت المخالعة بلفظ (المبارأة) وأنه مع محمد في رأيه إذا كانت المخالعة بلفظ (الخلع). حجة أبي يوسف فيما ذهب إليه أن (المبارأة) من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين وأنه مطلق في كل دين إلا أنّا قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض، والغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة النكاح.

أما المخالعة بلفظ (الخلع) فإنما يقتضي فصلاً وانخلاعاً، وحقيقته تتحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر[١٠٠٤٨].

٨١٢٢ - والحجة لأبي حنيفة فيما ذهب إليه أن الخلع صلح وضع شرعاً لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح، فتمام تحقق مقصودة يجعله مسقطاً لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والإعادة على موضوعه بالنقض؛ ولأن لفظ (الخلع) ولفظ (المبارأة) يفيد اطلاقهما ذلك: في المبارأة كما قال أبو يوسف. ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر على وجه الكمال من كل وجه. وثبوته بهذه الكيفية إنما يتم بسقوط مطالبة كل منهما للآخر بما وجب له بسبب النكاح، بخلاف لفظ الطلاق فإنه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح[١٠٠٤٩].

الفرع الثاني

مذهب الجمهور

في أثر الخلع في الحقوق الزوجية

٨١٢٣ - لا أثر للخلع إلا فيما سمي في عقد الخلع:

وذهب الجمهور ومنهم الحنابلة والشافعي والظاهرية وعطاء والأوزاعي إلى أن الخلع لا يترتب عليه سقوط حقوق الزوجين؛ لأن أثر الخلع يقتصر على ما سمي من بدل الخلع في المخالعة، فهذا هو الذي اتفق عليه الزوجان فلا يجوز أن يمتد حكم الخلع وأثره إلى غير هذا المسمى، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «إذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فإنهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق، فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر، وإن كانت قبضته كلّه ردت نصفه، وإن كانت مفوضة فلها المتعة، وهذا قول عطاء والزهري والشافعي.

(١٠٠٤٨) «فتح القدير» ج٣، ص٢١٦، و«العناية على الهداية» ج٣، ص٢١٦.

(١٠٠٤٩) «فتح القدير» ج٣، ص٢١٦-٢١٧.

واحتجوا لعدم سقوط المهر بأن المهر حق للزوجة لا يسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع والمبارأة كسائر الديون»[10050].

٨١٢٤ ـ والراجح قول الجمهور، لأن الخلع عقد معاوضة فلا يجوز أن يجب في هذا العقد إلا ما تراضى عليه الزوجان المختلعان وسمياه في عقد خلعهما وهو بدل الخلع أو عوض الخلع، فلا يتعدى أثر الخلع إلى غير ذلك كمهر المرأة ونفقتها.

وأما الاحتجاج شرع لقطع النزاع بين الزوجين بسبب ما يعنيهما من صلة الزواج ولا يتم هذا المقصود إلا بجعل الخلع مسقطاً لما وجب بسبب وصلة النكاح، أقول هذا الاحتجاج الذي قاله فقهاء الحنفية لقول أبي حنيفة وأبي يوسف فيما وافق عليه أبا حنيفة، وهذا الاحتجاج كما يبدو غير مقنع لأن النزاع بين الزوجين لم يكن بشأن الحقوق المالية الناشئة بسبب عقد النكاح كالمهر والنفقة الماضية المفروضة قضاء أو بالتراضي، وإنما النزاع سببه نشوز المرأة أو نشوز الزوج أي بعدم إيفاء الزوجة حقوق الزوج أو لعدم إيفاء الزوج حقوق الزوجة.

ثم إن نفقة العدّة وهي من حقوق النكاح لا تسقط بالخلع إلا بالنص الصريح عليها بأن تجعل عوضاً في الخلع، والسكنى في العدّة لا تسقط حتّى بالنص على سقوطها لكونها من حق الله، فلو كان سقوط الحقوق ـ المهر والنفقة الماضية ـ لقطع النزاع لسقطت هذه الحقوق أيضاً ـ نفقة العدّة ـ بينما لا تسقط مع أنها أضعف من حق المهر، جاء في فتح القدير في فقه الحنفية تعليقاً على قول الهداية: «والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق» قال صاحب «فتح القدير»: «هذا مقيد بالمهر والنفقة الماضية إذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدّة والسكنى في العدّة لا تقع البراءة منهما وإن كانا من حقوق النكاح، بل للمختلعة النفقة والسكنى، إلا إن اختلعت على نفقة العدّة فتسقط دون السكنى؛ لأنها حق الشرع»[10051]، فإذا كانت نفقة العدّة لا تسقط إلا إذا اختلعت الزوجة عليها فينبغي أن يكون الحكم كذلك بالنسبة للمهر وللنفقة المفروضة السابقة.

(١٠٠٥٠) «المغني» ج٧، ص٥٦، «المحلى» ج١٠، ص٢٤٤.

(١٠٠٥١) «فتح القدير» ج٣، ص٢١٥.

المطلب الثالث

الاختلافات في الخلع ومتعلقاته

٨١٢٥ ـ أنواع الاختلافات:

قد يختلف الزوجان في وقوع الخلع، يدعيه أحد الزوجين وينكره الآخر. وقد يكون الاختلاف متعلقاً بالعوض، من جهة مقداره أو جنسه أو تأجيله.. الخ فما الحكم في هذه الاختلافات؟ وما يترتب عليها؟ هذا ما نجيب عليه فيما يلي:

٨١٢٦ ـ الاختلاف في وقوع الخلع:

أولاً: إذا اختلف الزوجان في وقوع الخلع فادعاه الزوج وأنكرته الزوجة بانت، أي وقعت البينونة بينهما، بإقرار الزوج ولم يستحق عليها عوضاً لأنها منكرة، وعليها اليمين[١٠٠٥٢]. وهذا إذا لم توجد بيِّنة للزوج على ادعائه كما هو القاعدة في الإثبات.

ثانياً: وإن ادّعت الزوجة وقوع الخلع بينها وبين زوجها وأنكره الزوج فالقول قوله ولا يستحق عليها عوضاً لأنه يدعيه[١٠٠٥٣]، وهذا إذا عجزت الزوجة عن إثبات ادعائها بالبينة، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «إذا ادّعت الزوجة خلعاً فأنكره الزوج ولا بيّنة ـ أي لا بيِّنة للزوجة ـ صُدِّقَ بيمينه، إذ الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع. وإذا أثبتت الزوجة الخلع بالبيِّنة فلا مطالبة للزوج ببدل الخلع؛ لأنه ينكر وقوع الخلع إلا أن يعود ويعترف بالخلع فيستحق عوضه»[١٠٠٥٤].

٨١٢٧ ـ الاختلاف في مقدار العوض أو صفته:

وإن اتفق الزوجان على وقوع المخالعة بينهما واختلفا في قدر العوض أو جنسه أو حلوله

(١٠٠٥٢) «المغني» ج٧، ص٩٣.

(١٠٠٥٣) «المغني» ج٧، ص٩٣.

(١٠٠٥٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٧٧.

أو تأجيله أو صفته فالقول قول المرأة حكاه أبو بكر من الحنابلة نصاً عن أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة. واحتج ابن قدامة لهذا القول بأن المرأة منكرة للزيادة في قدر العوض أو صفته فكان القول قولها لقول النبي ﷺ: «اليمين على المدعي عليه» وأما قول الشافعي يتحالفان لأنه اختلاف في عوض العقد فيتحالفان فيه كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن، فهذا الاحتجاج يرد عليه ابن قدامة الحنبلي بأن التحالف في البيع يحتاج إليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا ينفسخ(١٠٠٥٥).

٨١٢٨ - إن ادّعت أن غيرها خالع الزوج على مال بذمته:

وإن قال الزوج لزوجته: خالعتك بألف، فقالت: إنما خالعك غيري بألف في ذمته بانت (أي وقعت البينونة بينهما) والقول قولها في نفي العوض عنها، لأنها منكرة له. وإن قالت نعم خالعتني على ألف، ولكن ضمنها لك أبي أو غيره في ذمته لزمها ألف بدل الخلع لاقرارها والضمان لا يبرىء ذمتها(١٠٠٥٦).

٨١٢٩ - إن قال الزوج طلقتك على مبلغ وأنكرت المبلغ:

وإن قال الزوج طلقتك بكذا كألف دينار وقالت: بل طلقتني مجاناً أو لم تطلقني بانت بقوله ولا عوض عليها للزوج إن حلف على نفيه، أما وقوع البينونة فلإقراره، وأما عدم العوض فلأن الأصل براءة ذمتها. فإن أقام الزوج بالعوض بيّنة: رجلين، أو رجلاً وامرأتين، أو عادت واعترفت بعد يمينها بما ادّعاه لزمها العوض(١٠٠٥٧).

٨١٣٠ - إن ادّعى الزوج أن المخالعة بالدنانير وقالت هي بالدراهم:

وإن خالعها على ألف فادّعى أنها دنانير وقالت بل هي دراهم، فالقول قولها، لأنها منكرة للزيادة وعليه الإثبات، فإن عجز كان له عليها حلف اليمين(١٠٠٥٨). وعند الشافعية يتحالفان كما إذا اختلفا في البيع في الثمن، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية وإن اختلفا في جنس عوض الخلع أدراهم أو دنانير أو في قدره كألف فقالت هي بل بخمسمائة ولا بيِّنة لواحد منهما، تحالفا كما في البيع، ووجب لها مهر مثل لبينونتها بفسخ العوض منهما أو من إحدهما أو من الحاكم. فإن كان لأحدهما بيِّنة عمل بها، وإن كان لكل منهما بيِّنة واستويا تاريخاً سقطتا وإن اختلف تاريخهما قدمت البيِّنة السابقة(١٠٠٥٩).

(١٠٠٥٥) «المغني» ج٧، ص٩٣.
(١٠٠٥٦) «المغني» ج٧، ص٩٣.
(١٠٠٥٧) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٧٧.
(١٠٠٥٨) «المغني» ج٧، ص٩٤.
(١٠٠٥٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٧٧-٢٧٨.

الفصل الرابع
الإيلاء

٨١٣١ - تمهيد ومنهج البحث:

الإيلاء من أسباب الفرقة بين الزوجين وانهاء العلاقة الزوجية بينهما، فلا بد من بيان تعريفه الذي تظهر به حقيقته وبيان مدى مشروعيته ثم بيان أركانه وأخيراً بيان آثاره أي حكمه. وعليه نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريفه وبيان مشروعيته.

المبحث الثاني: أركانه.

المبحث الثالث: آثاره (حكمه)

المبحث الأول

تعريف الإيلاء وبيان مشروعيته

٨١٣٢ ـ تعريف الإيلاء في اللغة[١٠٠٦٠]

الإيلاء يعني الحلف واليمين. والفعل منه: آلى، يؤلي إيلاءً. والاسم منه الأليَّة، والجمع: ألايا قال الشاعر:

قليل الألايا حافظ ليمينه   وإن سبقت منه الأليّة برت

ويقال: تألى، يتألى تألياً. وأتلى، يأتلي ائتلاءً. والائتلاء يعني الحلف.

٨١٣٣ ـ الإيلاء في اصطلاح الفقهاء:

أ ـ في «المغني» لابن قدامة: «فأما الإيلاء في الشرع فهو الحلف على ترك الوطء[١٠٠٦١]».

ب ـ وفي «منتهى المنهاج» في فقه الشافعية: «الإيلاء هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر»[١٠٠٦٢].

جـ ـ وفي «البدائع» للكاساني «الإيلاء عبارة عن اليمين على ترك الجماع بشرائط مخصوصة»[١٠٠٦٣].

د ـ وفي «فتح القدير» للكمال بن الهمام في فقه الحنفية: «الإيلاء في الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان»[١٠٠٦٤].

هـ ـ و في «الروضة البهية» في فقه الجعفرية: «الإيلاء شرعاً هو الحلف على ترك وطء

(١٠٠٦٠) «لسان العرب» لابن منظور، ج١٨، ص٤٢ـ٤٣.

(١٠٠٦١) «المغني» ج٧، ص٢٩٨.

(١٠٠٦٢) «منتهى المنهاج مع شرحه مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٣.

(١٠٠٦٣) «البدائع» ج٣، . ص١٦١.

(١٠٠٦٤) «فتح القدير» ج٣، ص١٨٢.

الزوجة الدائمة المدخول بها أبداً أو مطلقاً من غير تقييد بزمان أو بزيادة على أربعة أشهر للاضرار بها»[10065].

٨١٣٤ - هل الإيلاء معتبر في جميع الأحوال؟

أ - رأي الحنفية والظاهرية:

لا يشترط لاعتبار الإيلاء إيقاعه في حال الرضا بين الزوجين أو في حال الغضب كما لا يلاحظ في اعتباره إيقاعه بقصد الإضرار بالزوجة، أو بقصد إرادة اصلاح الطفل في الرضاع، وهذا عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم، وهو الصحيح كما قال الإمام الكاساني؛ لأن نصّ الآية الكريمة في الإيلاء لا يفصل بين حال وحال، ولأن الإيلاء يمين فلا يختلف حكمه بالرضا والغضب ولا بإرادة الاصلاح أو الاضرار كسائر الأيمان[10066]. وهذا أيضاً مذهب الظاهرية[10067].

٨١٣٥ - رأي الحنابلة والشافعي:

وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: ولا يشترط في الإيلاء الغضب ولا قصد الإضرار بالزوجة.

وروي عن علي رضي الله عنه قوله: ليس في اصلاح إيلاء. وعن ابن عباس إنما الإيلاء في الغضب ونحو ذلك عن الحسن والنخعي وقتادة.

وقال مالك والأوزاعي وأبو عبيد: «من حلف لا يطأ زوجته حتى تفطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الاصلاح لولده»[10068].

٨١٣٦ - رأي المالكية:

وفي «حاشية الدسوقي» في فقه المالكية: «فإذا حلف لا يطأ زوجته ما دامت ترضع أو حتى تفطم ولدها أو مدة الرضاع، فلا إيلاء عليه عند مالك. وقال اصبغ يكون مولياً. قال اللخمي:

(١٠٠٦٥) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٧٥.

(١٠٠٦٦) «البدائع» ج٣، ص١٧٢.

(١٠٠٦٧) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٤٢.

(١٠٠٦٨) «المغني» ج٧، ص٣١٤-٣١٥.

وقول اصبغ أوفق بالقياس، لكن المعتمد قول مالك من أنه لا يكون مولياً، قال وهو مقيد بما إذا قصد بحلفه على ترك الوطء إصـلاح الولد أو لم يقصد شيئاً[10069].

٨١٣٧ ـ مذهب الجعفرية:

وهـذا أيضـاً مذهب الجعفرية فقد قالوا: «ولا يقع الإيلاء إلا في إضرار ـ أي في إضرار الزوجة ـ فلو حلف لصلاح اللبن أو لتدبير في مرض لم يكن حكم الإيلاء»[10070].

٨١٣٨ ـ القول الراجح:

والراجح قول الجمهور فلا فرق في وقوع الإيلاء واعتباره وصحته بين إيقاعه في حال الرضا أو الغضب، ولا بقصد الإضرار أو بقصد الإصلاح، لأن النص في الإيلاء عام ومطلق غير مقيد بحال دون حال قال تعالى: ﴿للذينَ يُؤلونَ مِنْ نسائِهم تربُّص أربعة أشهر . .﴾ الآية؛ ولأن الزوج منـع نفسه من قربان زوجته بيمينه فكان مولياً كحال الغضب التي لا خلاف في صحة وقـوع الإيلاء فيها.

ثم إن حكم الإيلاء ثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الإضرار أو لم يقصد وسواء أراد اصلاح الولد أو لم يرد؛ ولأن الطلاق والظهار وسائر الأيمان سواء في حالة الغضب والرضا فكذلك الإيلاء[10071].

٨١٣٩ ـ الأصل في الإيلاء الحظر:

الإيلاء حلف الزوج على ترك وطء زوجته، وقد يؤول ذلك إلى طلاقها ووقوع الفرقة بينها وبين زوجها إذا انتهت مدة الإيلاء ولم يحنث في يمينه على النحو الذي سنفصله فيما بعد. فهو، إذن يمنع الزوجة من استيفاء حقها في الوطء، وهذا إيذاء وإضرار بها. كما أنه قد يؤول إلى الطلاق كما قلنا، والأصل في الطلاق الحظر كما بينا في بحثنا عن الطلاق. ولهذا كلّه يكون الأصل في الإيلاء الحظر، والاستثناء هو الإباحة، وبهذا صرّح أهل العلم، فقد جاء في «كشّاف القنـاع» في فقـه الحنـابلة: «وهو ـ أي الإيلاء ـ محرم في ظاهر كلامهم لأنه يعين على ترك الواجب»[10072]. وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وهو ـ أي الإيلاء ـ حرام للإيذاء»[10073].

(١٠٠٦٩) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٢٧.

(١٠٠٧٠) «شرائع الإسلام» للحلبي في فقه الجعفرية، ج٣، ص٨٣-٨٤.

(١٠٠٧١) «المغني» ج٧، ص٣١٥.

(١٠٠٧٢) «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة، ج٣، ص٢١٧. (١٠٠٧٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٣.

٨١٤٠ ـ الإيلاء المحظور لمقصد الإضرار:

وإذا كان الأصل في الإيلاء الحظر لما قلناه، فإن هذا الحظر يتأكد إذا كان إيلاء الزوج بقصد الإضرار بالزوجة دون سبب شرعي يجيز ذلك، والدليل على تأكد تحريم الإيلاء بقصد الإضرار قوله تعالى: **﴿للذينَ يُؤْلُون مِنْ نسائهم تَربُّص أربعة أشهرٍ فإن فاؤوا فإنَّ الله غَفورٌ رحيم. وإن عَزمُوا الطَّلاق فإنَّ الله سميعٌ عليم﴾**(١٠٠٧٤).

قال الإمام ابن العربي المالكي في تفسير قوله تعالى: «**﴿فإن فاؤوا فإنَّ الله غفورٌ رحيم﴾** يقتضي أنه قد تقدم ذنب وهو الإضرار بالمرأة في المنع من الوطء»(١٠٠٧٥). وقال الإمام ابن كثير في تفسيرها: «**فإن فاؤوا ـ أي فإن رجعوا ـ إلى ما كانوا عليه فإن الله غفور رحيم لما سلف من التقصير في حقهن بسبب اليمين**»(١٠٠٧٦).

وقال الزمخشري في تفسيرها: **﴿فإنْ فاؤوا فإنَّ الله غفورٌ رحيم﴾** يغفر للمولين ما عسى يقدمون عليه من طلب ضرار النساء بالإيلاء وهو الغالب(١٠٠٧٧).

وفي «تفسير الرازي في قوله تعالى: **﴿فإن الله غفورٌ رحيم﴾** للزوج إذا تاب من إضراره بامرأته كما أنه غفور رحيم بكل التائبين»(١٠٠٧٨).

٨١٤١ ـ الإيلاء غير المحظور:

ويكون الإيلاء غير محظور إذا كان القصد منه تأديب الزوج زوجته وتربيتها على ما ينبغي أن تكون عليه نحو زوجها، وفي هذا المعنى قال رشيد رضا رحمه الله تعالى في «تفسير المنار»: «فإن كانوا يريدون به ـ أي بالإيلاء ـ ايذاء النساء ومضارتهن فالله تعالى هو يتولى عقابهم، وإن كان لهم عذر شرعي بأن كان الباعث على الإيلاء تربية النساء لأجل إقامة حدود الله تعالى أو على الطلاق ـ أي بأن كان الباعث على الطلاق ـ اليأس من إمكان المعاشرة بالمعروف فهو تعالى يغفر لهم»(١٠٠٧٩).

(١٠٠٧٤) [سورة البقرة] الآيتان ٢٢٦، ٢٢٧.

(١٠٠٧٥) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج١، ص١٨٣.

(١٠٠٧٦) «تفسير ابن كثير» ج١، ص٢٦٨.

(١٠٠٧٧) «تفسير الزمخشري» ج١، ص٢٦٩.

(١٠٠٧٨) «تفسير الرازي» ج٦، ص٨٧.

(١٠٠٧٩) «تفسير المنار» ج٢، ص٣٦٨.

وواضح من هذا بأن المباح من الإيلاء بقصد إصلاح الزوجة مشروط بأن لا تطول مدّة الإيلاء بأن تتجاوز أربعة أشهر، وإنما تكون أقل من هذه المدّة. ويؤيد ما ذهب إليه صاحب «تفسير المنار» من جواز الإيلاء بقصد تأديب الزوجة أن النبي ﷺ آلى من أزواجه شهراً تأديباً لهن، فقد جاء في «أحكام القرآن» للقرطبي: «وقد آلى النبي ﷺ من أزواجه شهراً تأديباً لهن»[10080].

وقال ابن حزم الظاهري: «وقد صحَّ أن رسول الله ﷺ آلى من نسائه شهراً فهجرهن كلهن شهراً ثم راجعهن»[10081]، فليس إيلاء النبي ﷺ من الإيلاء المحظور قطعاً، وبهذا صرَّح صاحب «مغني المحتاج» فقال: «وهو - أي الإيلاء - حرام للإيذاء وليس منه إيلاؤه ﷺ في السنة التاسعة من نسائه شهراً»[10082]. وحتى لو لم يصرح أحد من الفقهاء بما صرّح به صاحب «مغني المحتاج» فإننا نعتقد يقيناً كما يعتقد كل مسلم، أن إيلاء النبي ﷺ كان من الإيلاء المباح غير المحظور؛ لأن القصد منه كان التأديب كما قال القرطبي رحمه الله تعالى.

ومما يؤيد إباحة الإيلاء لتأديب الزوجة على أن تكون مدّة الإيلاء أقل من أربعة أشهر، جواز تأديب الزوج زوجته بهجرها في المضاجع وعدم وطئها، وقد أشار إلى هذا القرطبي فقال: «... وجعل للزوج مدّة أربعة أشهر في تأديب المرأة بالهجر لقوله تعالى: **﴿واهجروهنَّ في المضاجع﴾**[10083]، فالزوج له أن يهجر زوجته ولا يقربها تأديباً لها فإذا أكدّ امتناعه من وطئها باليمين لقصد تأديبها لمدة أقل من أربعة أشهر وبرّ بيمينه ولم يحنث فيها، فلا شيء عليه وكان إيلاؤه مباحاً.

(10080) «أحكام القرآن» للقرطبي، «تفسير القرآن» ج3، ص108.

(10081) «المحلى» ج10، ص43.

(10082) «مغني المحتاج» ج3، ص343.

(10083) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج3، ص108.

المبحث الثاني

أركان الإيلاء

٨١٤٢ - هل للإيلاء ركن واحد أو أكثر؟

أولاً: عند الحنفية:

قال علاء الدين الكاساني: «أما ركنه - أي الإيلاء - فهو اللفظ الدال على منع النفس عن الجماع في الفرج مؤكداً باليمين بالله تعالى أو بصفاته أو باليمين بالشرط والجزاء»[١٠٠٨٤].

٨١٤٣ - ثانياً: عند الشافعية:

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية «وأركانه - أي الإيلاء - أربعة: حالف، ومدة، ومحلوف به، ومحلوف عليه، زاد في الأنوار: وصيغة وزوجة»[١٠٠٨٥].

٨١٤٤ - التوفيق بني القولين:

وسواء قلنا إن للإيلاء ركناً واحداً أو أربعة أو ستة أركان، فإن الإيلاء باعتباره تصرفاً قولياً تترتب عليه آثار شرعية معينة فإن وجوده يستلزم وجود هذه العناصر الستة التي اعتبرها الشافعية أركاناً للإيلاء. واعتبر الكاساني واحداً منها فقط وهو اللفظ (الصيغة) وهو ركن الإيلاء. والواقع أن (الصيغة) تستلزم وجود حالف ومحلوف به ومحلوف عليه وزوجة ومدة.

٨١٤٥ - منهج البحث:

ومهما يكن من أمر الخلاف في عدد أركان الإيلاء فإننا سنتكلم عن العناصر المكونة للإيلاء باعتباره تصرفاً قولياً شرعياً تترتب عليه آثار شرعية معينة. وهذه العناصر هي التي اعتبرها الشافعية أركاناً وسموها بأسمائها. وعليه نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: الزوج (الحالف).

(١٠٠٨٤) «البدائع» ج٣، ص١٦١.

(١٠٠٨٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٣.

المطلب الثاني: الزوجة (المحلوف عليها).

المطلب الثالث: المحلوف به.

المطلب الرابع: المحلوف عليه.

المطلب الخامس: المدّة.

المطلب السادس: ألفاظ الإيلاء وصيغته.

المطلب الأول

الزوج (الحالف)

٨١٤٦ ـ الزوج هو المولي (الحالف):

المولي (الحالف) في الإيلاء هو الزوج فهو الذي يصدر عنه هذا التصرف القولي (الإيلاء) إلا أنه لا يكفي في المولي أن يكون زوجاً دون شروط معينة فيه، فما هي هذه الشروط الواجب تحققها فيه ليصح منه الإيلاء؟

٨١٤٧ ـ شروط الزوج المولي (الحالف)

أولاً: أن يكون بالغاً عاقلاً:

يشترط في الزوج الحالف ليصح إيلاؤه أن يكون بالغاً عاقلاً، لأن أهلية الإيلاء بأهلية الطلاق، فمن صحَّ طلاقه صحَّ إيلاؤه، والصبي والمجنون ليسا من أهل إيقاع الطلاق، فلا يصح منهما الإيلاء، قال الإمام الكاساني: «لا يصلح إيلاء الصبي والمجنون لأنهما ليسا من أهل الطلاق»[١٠٠٨٦].

ويعلل ابن قدامة الحنبلي عدم صحة إيلاء الصبي والمجنون بقوله: «أما الصبي والمجنون فلا يصح إيلاؤهما لأن القلم مرفوع عنهما؛ ولأن الإيلاء قول تجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر»[١٠٠٨٧]. وبهذا الشرط ـ بلوغ الزوج وعقله ـ ليصح إيلاؤه قال الفقهاء[١٠٠٨٨].

٨١٤٨ ـ ثانياً: إسلام الزوج:

وهل يشترط في الزوج المولي (الحالف) أن يكون مسلماً؟ قال المالكية: نعم فمن شروط

(١٠٠٨٦) «البدائع» ج٣، ص١٧١.

(١٠٠٨٧) «المغني» ج٧، ص٢٩٨.

(١٠٠٨٨) «المغني» ج٧، ص٢٩٨، «البدائع» ج٣، ص١٧١، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٣، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٧٨.

الزوج ليصح إيلاؤه أن يكون مسلماً، فقد قالوا: «الإيلاء حلف الزوج المسلم لا الكافر»[10089].
وقال جمهور الفقهاء يصح إيلاء غير المسلم، جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا ترافعوا إلينا، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور. وقال أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة: إن حلف الذمي لم يكن بحلفه بالله مولياً؛ لأنه لا يحنث إذا جامع زوجته لكونه غير مكلف، وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مولي؛ لأنه يصح عتقه وطلاقه»[10090]، وكذلك قال الجعفرية بصحة إيلاء غير المسلم[10091].

٨١٤٩ ـ حجة الجمهور وحجة المالكية:

والحجة للجمهور في صحة إيلاء غير المسلم العموم المستفاد من قوله تعالى: **﴿للذينَ يؤلـون من نِسـائهم تربص أربعـة أشهر..﴾**؛ ولأن غير المسلم منع نفسه بالحلف من وطء زوجته، فكان مولياً كالمسلم، ولأن من صحَّ طلاقه صحَّ إيلاؤه كالمسلم[10092].

واحتج المالكية لقولهم بعدم صحة الإيلاء من الزوج الكافر أن العموم المستفاد من قوله تعالى: **﴿للذينَ يؤلونَ مِن نسائهم تربص أربعة أشهرٍ..﴾** لا يشمل هذا العموم المولي الكافر بدليل ما جاء في آخر الآية وهو قوله تعالى: **﴿فإنْ فاؤوا فإنَّ الله غفورٌ رحيم﴾** فإن الكافر ليس من أهل المغفرة والرحمة[10093].

٨١٥٠ ـ القول الراجح في شرط إسلام الزوج:

والراجح قول الجمهور فلا يشترط في الزوج المولي أن يكون مسلماً لما ذكرناه من حجة للجمهور. أما رد المالكية على حجة الجمهور، وما ذكروه من أن غير المسلم ليس من أهل المغفرة والرحمة، فلا يشمل عموم **﴿الذينَ يؤلون من نسائهم﴾** فإني لم أقف على ردّ عليه، ولكن يمكن أن يُردَّ على حجتهم هذه بأن قوله تعالى: **﴿فإنْ فاؤوا فإن الله غفور رحيم﴾**. إن هذا العموم يشمل أهل المغفرة والرحمة وهم المسلمون فقط؛ لأنه من أحكام الآخرة.

أما العموم في قوله تعالى: **﴿للذينَ يؤلون من نِسائهم تربص أربعـة أشهر..﴾** فهذا العموم يشمـل الأزواج المسلمين والكافرين؛ لأنه يتعلق بأحكام الدنيا، والكافر كالمسلم في أحكام

(١٠٠٨٩) «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية، ج١، ص٤٧٨.
(١٠٠٩٠) «المغني» ج٧، ص٣١٤.
(١٠٠٩١) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٧٧.
(١٠٠٩٢) «المغني» ج٧، ص٣١٤.
(١٠٠٩٣) «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية، ج١، ص٤٧٨.

الدنيا إلا ما استثناه الدليل ولا دليل على الاستثناء في مسألتنا.

٨١٥١ ـ ثالثاً: قدرة الزوج على الوطء:

وهل يشترط في الزوج المولي (الحالف) القدرة على الوطء فلا يصح إيلاء العاجز عنه؟

في هذا الشرط تفصيل واختلاف بين الفقهاء، فقد يكون الزوج عاجزاً عجزاً مطلقاً تاماً، وقد يكون عجزه مؤقتاً، ولكل حالة حكمها وأقوال الفقهاء فيها، نوجزه في الآتي:

٨١٥٢ ـ الحالة الأولى: العجز المطلق عن الوطء:

إذا كان الزوج عاجزاً عجزاً مطلقاً تاماً عن الوطء غير مرجو الزوال، كما لو كان مجبوباً أو عنيناً، فقد اختلف الفقهاء في وقوع إيلائه وصحة هذا الإيلاء، ونذكر أقوالهم فيما يلي:

٨١٥٣ ـ أ ـ مذهب الحنابلة:

عند الحنابلة لا يصح إيلاء من كان عجزه عن الوطء بسبب غير مرجو الزوال ومثلوا له بالمجبوب والعنين ونحوهما، وعللوا ذلك بأن الإيلاء، في هذه الحالة يمين على ترك مستحيل ـ وهو الوطء ـ فلم تنعقد هذه اليمين كما لو حلف أن لا يقلب الحجارة ذهباً، ولأن الإيلاء يمين تمنع صاحبها من الوطء، وهذه اليمين من هؤلاء العجزة لا تمنعهم من الوطء لأنه مستحيل منهم أصلاً وممتنعين منه بحكم عجزهم لا بحكم حلفهم، والمرأة لا تتضرر من حلفهم[١٠٠٩٤].

٨١٥٤ ـ ب ـ مذهب الشافعية:

والشافعية كالحنابلة في عدم صحة الإيلاء من العاجز عنه عجزاً مطلقاً، فقد جاء في «منتهى المنهاج وشرحه مغني المحتاج»: «أو آلى مجبوب لم يصح ـ أي إيلاؤه ـ على المذهب لما مرَّ، أي لأنه لم يتحقق منه قصد الإيذاء والاضرار بالزوجة لامتناع الأمر في نفسه»[١٠٠٩٥].

وفي «المهذب» للشيرازي في فقه الشافعية ذكر القولين في إيلاء العاجز عن الوطء عجزاً لا يرجى زواله كالمجبوب والعنين والأشل. وقال في القول الثاني الذي هو القول الأصح في المذهب، مع التعليل، فقال رحمه الله: «قاله في الأم ـ أي قاله الشافعي في كتابه الأم ـ لا يصح إيلاؤه، لأنه يمين على ترك مالا يقدر عليه بحال فلم يصح كما لو حلف لا يصعد إلى السماء؛ ولأن القصد بالإيلاء أن يمنع نفسه من الجماع باليمين وذلك لا يصح ممن لا يقدر

(١٠٠٩٤) «المغني» ج٧، ص٣١٤.

(١٠٠٩٥) «منتهى المنهاج وشرح مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٤.

عليه؛ لأنه ممنوع من غير يمين»[10096].

٨١٥٥ ـ جـ ـ مذهب المالكية:

ومذهبهم كمذهب الحنابلة والشافعية في عدم صحة إيلاء العاجز عن الوطء بسبب لا يرجى شفاؤه، فقد جاء في «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية: «.. المجبوب والخصي والشيخ الفاني فلا ينعقد لهم إيلاء»[10097].

٨١٥٦ ـ د ـ مذهب الحنفية:

وعندهم يصح الإيلاء من المجبوب ونحوه العاجز عن الوطء عجزاً مطلقاً، ويكون فيؤهم باللسان أي بالقول لا بالوطء لأنهم عاجزون عنه[10098]. وقد ردّ صاحب «فتح القدير» على من منع إيلاء المجبوب بحجة عجزه عن الوطء عجزاً مطلقاً وبالتالي انتفاء إيلائه من ظلم زوجته، ردّ على هذا القول وحجته بقوله رحمه الله: «ومن الناس من منع إيلاء المجبوب؛ لأنه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم. وجوابه ما قلناه في المطلقة الرجعية؛ ولأن هذا تعليل فيه إبطال حكم النّص وذلك باطل»[10099].

٨١٥٧ ـ هـ ـ مذهب الجعفرية:

وعندهم في صحة إيلاء المجبوب ونحوه اختلاف، فقد جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «وفي صحته ـ أي في صحة الإيلاء ـ من المجبوب تردد، أشبه الجواز وتكون فيئته كفيئة العاجز»[10100]. وفي «اللمعة الدمشقية»: «ويصح الإيلاء من الخصي والمجبوب»، وتعليقاً على هذا القول قال الشارح صاحب «الروضة البهية» هذا الرأي عند المصنف وجماعة لعموم الآيات وإطلاق الروايات. ثم قال صاحب «الروضة البهية»: والأقوى عدم الوقوع ـ أي عدم وقوع الإيلاء لأن متعلق اليمين ممتنع كما لو حلف أن لا يصعد إلى السماء؛ ولأن شرطه الإضرار بها وهو غير متصور هنا»[10101].

(١٠٠٩٦) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٢٨٨.

(١٠٠٩٧) الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٧٨، ومثله في «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٢٦-٤٢٧.

(١٠٠٩٨) «البدائع» ج٣، ص١٩٥، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٤٨٥.

(١٠٠٩٩) «فتح القدير شرح الهداية» ج٣، ص١٩٥.

(١٠١٠٠) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٨٤.

(١٠١٠١) «اللمعة الدمشقية وشرحها الروضة البهية» ج٢، ص١٧٨.

٨١٥٨ ـ **القول الراجح:**

والراجح قول الحنفية فيصح إيلاء المجبوب ونحوه لعموم الآية الكريمة: **﴿للذين يُؤلون من نسائهم..﴾** وكونه لا يتصور منه الوطء لا ينفي أنه قد صدر منه الإيلاء والحلف بالله العظيم فيلزمه حكم الإيلاء وهو الفيئة أو الطلاق، وفيئته تكون باللسان كأن يقول فئت إلى زوجتي ونحو ذلك. وبهذا نكون قد عملنا على صيانة حرمة اليمين ومنعنا العبث بمباشرة الإيلاء ممن لا يتصور منه الوطء، لأن إيلاءه وهو عالم بعجزه عن الوطء لا معنى له فنلزمه بحكمه منعاً من العبث بأحكام الشرع.

٨١٥٩ ـ **الحالة الثانية: العجز الموقت عن الوطء:**

وإذا كان عجز الزوج المولي عن الوطء عجزاً موقتاً كما لو كان مريضاً مرضاً يمنعه من الوطء ولكن مرضه يجرى زواله، فإن الإيلاء يصح منه، ولا يمنع من صحته مرضه لكونه مرضاً عارضاً مرجو الزوال. ومثل هذا المرض كل عارض يرجى زواله كالحبس. ونذكر فيما يلي بعض أقوال الفقهاء:

٨١٦٠ ـ **أقوال الفقهاء في العجز الموقت عن الوطء:**

أولاً: جاء في «المغني»: «وأما العاجز عن الوطء، فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صحّ إيلاؤه لأنه يقدر على الوطء، فصحّ منه الامتناع منه»[١٠١٠٢].

ثانياً: وفي «الهداية في فقه الحنفية»: «وإن كان المولي مريضاً لا يقدر على الجماع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدّة الإيلاء ففيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها..»[١٠١٠٣]، ومعنى هذا صحة إيلاء من كان عجزه عجزاً موقتاً.

ثالثاً: وفي «حاشية الدسوقي» في فقه المالكية في إيلاء المريض: «فإن المذهب كما قال ابن عبدالسلام أنه كالصحيح مطلقاً؛ لأنه إن لم يمكن الوطء منه حالاً يمكن مآلاً. واعلم أن محل لحوق الإيلاء للمريض إذا أطلق، وأما إذا قيّده بمدّة مرضه فلا إيلاء عليه سواء كان المرض مانعاً من الوطء أو لا ولو طال المرض إلا أن يقصد الضرر فيطلق عليه حالاً لأجل قصد الضرر[١٠١٠٤].

(١٠١٠٢) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص٣١٤.

(١٠١٠٣) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص١٩٥.

(١٠١٠٤) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٢٧.

المطلب الثاني

الزوجـــة (المحلوف عليهـــا)

٨١٦١ ـ شروط الزوجة المحلوف عليها:

إيلاء الزوج يتعلق بزوجته أي بعدم وطئها، ولا يصح الإيلاء منها إلا إذا توافرت فيها جملة شروط نذكرها فيما يلي، وأقوال الفقهاء في هذه الشروط:

٨١٦٢ ـ أولاً: أن تكون زوجة بنكاح صحيح:

وهـذا الشـرط مفهـوم من قولـه تعالى: ﴿للذين يُؤلونَ مِنْ نسائِهم تربص أربعة أشهر﴾ والمقصود ﴿من نسائهم﴾ أي من زوجاتهم، والتي يصدق عليها اسم (زوجة) هي التي ارتبطت بزوجها بعقد نكاح صحيح. وعلى هذا لا يصح الإيلاء من الأجنبية لأنها ليست بزوجة من المولى، ولا يحل له وطؤها وهي أجنبية عنه. وكذلك لا يصح الإيلا ء من أمته لأنه لا حق لها في وطئه فلا يكون مولياً منها كالأجنبية[١٠١٠٥].

٨١٦٣ ـ الإيلاء من المطلقة رجعياً:

وإذا كان الشرط أن تكون المرأة المحلوف عليها من قبل المولي (الحالف) زوجة له بعقد نكاح صحيح فهل يشترط قيام الزوجية فعلاً فلا يصح إيلاء زوجها منها إذا كانت معتدة من طلاق؟

والجواب: إن كانت معتدة من طلاق رجعي صحَّ إيلاؤه منها وهي في عدّتها لقيام ملك النكاح من كل وجه، ولهذا صحَّ طلاقه وظهاره، ويتوارثان إذا مات أحدهما وهي في العدَّة.

وإن كانت معتدّة من طلاق بائن لم يصح إيلاؤه منها لزوال الرابطة الزوجية بينهما، وبهذا قال الفقهاء من المذاهب المختلفة[١٠١٠٦].

٨١٦٤ ـ الإيلاء من الأجنبية معلقاً على نكاحها:

وإذا كان الإيلاء من الأجنبية غير واقع ولا صحيح فهل يجوز إيقاع الإيلاء معلقاً عن زواج المولى بها كأن يقول الرجل لأمرأة: إن تزوجك فوالله لا أقربك؟ قال الحنفية يصح الإيلاء لأنه

(١٠١٠٥) «المغني» ج٧، ص٣١٢، «البدائع» ج٣، ص١٧١.

(١٠١٠٦) «المغني» ج٧، ص٣١٣، «البدائع» ج٣، ص١٧١، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٩، «الشرح الصغير» للدردير، ج٢، ص٤٢٧.

أضافه إلى حال قيام الزوجية فأشبه ما لو حلف بعد تزوجها(١٠١٠٧).

٨١٦٥ ـ وعند الحنابلة لا يصح الإيلاء من الأجنبية معلقاً على نكاحها أي التزوج بها، لقوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ وهذه الأجنبية ليست من نسائه ولأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلا يجوز أن يتقدمه كالطلاق ولأن المدة تضرب للزوج لقصده الإضرار بها بيمينه، ماذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للإضرار، فأشبه الممتنع بغير يمين(١٠١٠٨).

٨١٦٦ ـ والراجح عدم وقوع الإيلاء من ا لأجنبية معلقاً على الزواج بها، لأن هذا من العبث الذي لا معنى له؛ لأن الإيلاء إنما يصدر عامة لباعث يحمل الزوج على الإيلاء من زوجته، إما لقصد تأديبها، وإما لقصد الإضرار بها، وأما لإرادة المنفعة لطفلها، ولا يوجد باعث من هذه البواعث في إيلاء الرجل من الأجنبية فلم يبقَ إلا حمل إيلائه على العبث فيرد عليه عبثه بعدم تصحيح إيلائه.

٨١٦٧ ـ الإيلاء من الزوجة الذميّة:

يصح إيلاء الزوج المسلم من زوجته الذمية (غير المسلمة) قال ابن قدامة الحنبلي: «ويصح الإيلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية، حرّة كانت أوأمة، لعموم قوله تعالى: ﴿لِلذِينَ يُؤلونَ مِنْ نسائهم تربُّص أربعة أشهر﴾؛ ولأن كل واحدة منها زوجة فصح الإيلاء منها كالحرّة المسلمة(١٠١٠٩).

٨١٦٨ ـ الإيلاء من الزوجة قبل الدخول وبعده:

ويصح الإيلاء من الزوجة قبل أو بعد الدخول بها، وبهذا قال الحنابلة والنخعي ومالك والأوزاعي والشافعي. وقال عطاء والزهري والثوري: إنما يصح الإيلاء بعد الدخول. احتج الجمهور بعموم آية الإيلاء: ﴿للذينَ يؤلون من نسائهم..﴾؛ ولأن الزوج المولي ممتنع من وطء زوجته بيمينه فأشبه ما بعد الدخول(١٠١١٠). وهذا هو الراجح، ودليل رجحانه عموم آية الإيلاء؛

(١٠١٠٧) «البدائع» ج٣، ص١٧١.

(١٠١٠٨) «المغني» ج٧، ص٣١٢.

(١٠١٠٩) «المغني» ج٧، ص٣١٣.

(١٠١١٠) «المغني» ج٧، ص٣١٣.

ولأنها زوجته قبل الدخول كما هي زوجته بعده.

٨١٦٩ ـ ثانياً: أن تكون صالحة للوطء:

وهذا شرط قال به الحنابلة والشافعية، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الإيلاء منهما لأن الوطء متعذر دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه كما لو حلف لا يصعد إلى السماء»(١٠١١١).

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ولو آلى من رتقاء أو قرناء لم يصح الإيلاء على المذهب لأنه لا يتحقق منه قصد الإيذاء أو الاضرار لامتناع الأمر في نفسه»(١٠١١٢).

٨١٧٠ ـ وأما الزوجة المجنونة والصغيرة فيصح الإيلاء منهما إلا أنه لا يُطالب الزوج بالفيئة؛ لأنهما ليسا من أهل المطالبة برجوع الزوج عن يمينه(١٠١١٣).

٨١٧١ ـ وعند الحنفية يصح إيلاء الزوج من زوجته الصغيرة والرتقاء والقرناء وإن كن غير صالحات للوطء، فقد جاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «وإن كان المولي (الحالف) مريضاً لا يقدر على الجماع أو كانت الزوجة مريضة أو رتقاء(١٠١١٤) أو صغيرة لا تُجامَع ففيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها في مدّة الايفاء»(١٠١١٥).

٨١٧٢ ـ القول الراجح:

والراجح صحة إيلاء الزوج من زوجته سواء كانت صالحة للوطء، أو غير صالحة للوطء

(١٠١١١) «المغني» ج٧، ص٣١٣.

(١٠١١٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٤، ومثله في «نهاية المحتاج» ج٧، ص٦٦.

(١٠١١٣) «المغني» ج٧، ص٣١٣. ويلاحظ هنا أن المجنونة إن كانت بالغة فهي تطيق الوطء وتصلح له، وبالتالي فيكون الإيلاء منها كالإيلاء من البالغة العاقلة، وكون أن المجنونة ليست أهل المطالبة بالفيئة، لا يمنع من أن يطالب بها من قبل وليها أو من يعلم بإيلائه؛ لأن الفيئة من أحكام الديانة التي يلزم بها ويطالب بها كلما أمكن المطالبة. أما إذا كانت المجنونة في وضع لا يمكن معه وطؤها إلا بضرر عليها أو على زوجها، فإنها تكون في هذه الحالة كالصغيرة.

(١٠١١٤) الرتق لحم ينبت في الفرج يمنع الوطء، والمرأة به تسمى رتقاء. (والقرن) عظم في الفرج يمنع الوطء، قاله الشافعي. وقال غيره: لا يكون في الفرج عظم، إنما هو لحم ينبت فيه: «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٦، ص٦٥١.

(١٠١١٥) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص١٩٥.

لصغرها أو لاصابتها بالرتق أو القرن. وتكون فيئة الزوج المولي بالقول في مدّة الإيلاء، ووجه هذا الترجيح عموم آية الإيلاء، وصيانة لحرمة الحلف بالله ولئلا يتسرب شيء من العبث بأحكام الشرع؛ لأن إيلاء الزوج من زوجته وهو يعلم أنها لا تصلح للوطء لا يمكن حمله على محمل الجد، فينبغي أن نلزمه بالإيلاء وحكمه.

المطلب الثالث

المحلوف بــه

٨١٧٣ ـ المحلوف به نوعان:

قال تعالى: ﴿**للذِينَ يُؤلونَ مِنْ نسائهم تربُّص أربعة أشهرٍ**. .﴾ والإيلاء في اللغة عبارة عن اليمين. واسم اليمين يقع على اليمين بالله تعالى، ويقع على اليمين بالشرط والجزاء لتحقق معنى اليمين وهو القوة»[١٠١١٦]. وعلى هذا فالمحلوف به نوعان: (النوع الأول) اليمين بالله تعالى. (النوع الثاني) اليمين بالشرط والجزاء.

٨١٧٤ ـ اليمين بالله تعالى (الحلف بالله):

الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته هو النوع الأول من المحلوف به مثل قول الزوج لزوجته: والله لا أقربك. قال ابن قدامة عن هذا المحلوف به وإنه لا خلاف في أنه إيلاء «أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته. ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء»[١٠١١٧].

٨١٧٥ ـ الحلف بغير الله لا ينعقد به الإيلاء:

لو حلف بغير الله تعالى كما لو حلف بالنبي أو الملائكة أو الكعبة أن لا يطأ زوجته، أو قال هو يهودي أو نصراني إن وطأها، فهذا ليس بمولٍ؛ لأن ما صدر منه بحلف بغير الله لا ينعقد به الإيلاء لأنه ليس بإيلاء شرعي ولا يصيّره مولياً. وبهذا قال مالك وغيره[١٠١١٨].

٨١٧٦ ـ الحلف بالشرط والجزاء:

وهذا هو النوع الثاني من الحلف وهو الحلف أو اليمين بالشرط والجزاء مثل قول الزوج

(١٠١١٦) «البدائع» ج٣، ص١٦١-١٦٢.

(١٠١١٧) «المغني» ج٧، ص٢٩٨، «المحلى» ج١٠، ص٤٢، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٦٤، «فتح القدير» ج٣، ص١٨٣.

(١٠١١٨) «أحكام القرآن» للقرطبي» ج٣، ص١٠٤، «المحلى» ج١٠، ٧٣ «المهذب» ج١٦، ص٢٩٠، «البدائع» ج٣، ص١٦٢.

لزوجته إن جامعتكِ أو إن قربتكِ فعليّ حجة، أو فعبدي حرٌّ أو فإن زوجتي الأخرى طالق. فهل يصح الإيلاء بهذا النوع من المحلوف به؟ اختلاف بين الفقهاء نوجز القول فيه بالآتي:

٨١٧٧ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

وعندهم يصح الإيلاء بالحلف بصيغة الشرط والجزاء؛ لأن فيه معنى اليمين بالله تعالى، ويوضح الإمام الكاساني ذلك بقوله: «وأما اليمين بالشرط والجزاء فنحو قوله: إن قربتك فزوجتي الأخرى طالق أو عبدي حرّ؛ لأن الإيلاء يمين، واليمين في اللغة عبارة عن القوّة، والحالف يتقوى بهذه الأشياء على الامتناع من قربان زوجته في مدّة الإيلاء؛ لأن كل واحد منهما ـ طلاق زوجته الأخرى أو عتق عبده ـ يصلح مانعاً من القربان في المدّة ـ مدة الإيلاء ـ لأنه يثقل على الطبع ويشق عليه، فكان في معنى اليمين بالله عزّ وجلّ لحصول ما وضع له اليمين وهو التّقوي على الامتناع من مباشرة الشرط. أي وطء الزوجة، وكذا يُعدّ هذا حلفاً مانعاً من الوطء في العرف والعادة، . فإنّ الناس تعارفوا الحلف بهذه الأشياء»[١٠١١٩].

٨١٧٨ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

قالوا: والجديد من مذهب الإمام الشافعي أن الإيلاء لا يختص بالحلف بالله تعالى وصفاته، بل لو علّق به أي الوطء طلاقاً أو عتقاً أو قال: إن وطأتكِ فللهِ عليّ صلاة أو صوم أو حج أو عتق كان مولياً؛ لأنه يمنع نفسه من الوطء بما علّقه به من وقوع الطلاق أو العتق أو التزام القربة كما يمنع نفسه بالحلف بالله تعالى، ولكونه يميناً في اللغة فشملته الآية الكريمة: ﴿لِلذِينَ يُؤلونَ مِنْ نسائهم. .﴾[١٠١٢٠].

٨١٧٩ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

وعندهم يصح الإيلاء بالشرط والجزاء فقد قالوا: الإيلاء يمين مسلم، والمراد بيمينه ما يشمل الحلف بالله أو بصفة من صفاته أو التزام نحو عتق أو صدقة أو صوم أو صلاة أو طلاق كأن يقول الزوج لزوجته: إن وطأتكِ فعليّ عتق عبدي فلان أو فعليّ دينار صدقة أو فعليّ المشي إلى مكّة، أو فعليّ صوم شهر، أو صلاة مائة ركعة أو فأنتِ طالق»[١٠١٢١].

٨١٨٠ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة:

وعندهم كما جاء في «المغني» في وقوع الإيلاء باليمين بالشرط والجزاء روايتان في

(١٠١١٩) «البدائع» ج٣، ص١٦٦.

(١٠١٢٠) «نهاية المحتاج» للرملي، ج٧، ص٦٥، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٤.

(١٠١٢١) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٢٦.

المذهب: (الأولى) لا يكون إيلاءً. (والثانية): يكون إيلاءً. وقد روي عن ابن عباس أنه قال: كل يمين منعت جماعها ـ أي وطء الزوجة ـ فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز والثوري وأبو حنيفة وغيرهم؛ لأنها يمين منعت جماع الزوجة، فكانت إيلاءً كالحلف بالله، ولأن تعليق الطلاق والعتق ونحوهما على وطئها حلف بدليل أنه لو قال: متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال: إن وطأتكِ فأنت طالق طلقت في الحال. ولكن قال ابن قدامة الحنبلي بعد أن ذكر الروايتين في «المذهب» وحجة الرواية الثانية: والرواية الأولى هي المشهورة؛ لأن الإيلاء المطلق هو القسم، والتعليق بشرط ليس بقسم (أي ليس بحلف) ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل اللغة العربية في باب القسم، فلا يكون إيلاءً، وإنما يسمى حلفاً تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم وهو الحث على الفعل أو المنع منه، أو توكيد الخبر، ولكن الكلام عند اطلاقه يراد به حقيقته، ويدل على ذلك قول الله تعالى: **﴿فإنْ فاؤوا فإنَّ الله غفورٌ رحيم﴾**. وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله.

وأيضاً، فقول النبي ﷺ: «من حلف بغير الله فقد أشرك». وقوله ﷺ: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم»، يدل على ما قلناه وهو أن اليمين أو الحلف يكون بالله وليس بالشرط والجزاء[١٠١٢٢].

٨١٨١ ـ وعلى الرواية الثانية في مذهب الحنابلة والتي ذكرناها، يشترط لوقوع الإيلاء بالشرط والجزاء أن يكون ذلك بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله: إن وطأتك فعبدي حرٌّ، أو فأنت طالق، أو فللّه عليَّ صوم، أو حج، أو صدقة، فهذا يكون إيلاءً؛ لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه، أي من وجوب هذا الحق عليه إذا حنث في يمينه بأن وطأها. ولهذا لو قال: إن وطأتك فعلي صوم هذا الشهر لم يكن مولياً؛ لأنه لو وطأها بعد مضيه لم يلزمه حق، فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه[١٠١٢٣].

٨١٨٢ ـ ما استقر عليه الحنابلة المتأخرون:

ويبدو أن فقهاء الحنابلة المتأخرين أخذوا بالرواية الأولى في مذهبهم وكأنهم قد استقروا على اختيارها دون الثانية، فلا يصح عندهم الإيلاء إلا بالحلف بالله، أما إذا جاء بصيغة الشرط والجزاء فلا يعتبر إيلاء، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة ـ وصاحبه من فقهاء الحنابلة المتأخرين ـ «الإيلاء حلف زوج يمكنه الجماع بالله تعالى أو بصفة من صفاته لا بنذر

(١٠١٢٢) «المغني» ج٧، ص٢٩٨-٢٩٩.

(١٠١٢٣) «المغني» ج٧، ص٢٩٩.

ولا طلاق ونحوه على ترك وطء امرأته الممكن جماعها. .»[10124].

٨١٨٣ ـ خامساً: مذهب الظاهرية:

وعندهم لا يصح الإيلاء إلا بالحلف بالله تعالى، وأن من حلف بغير الله تعالى فعليه الأدب ولا يصح إيلاؤه لنهي الشرع عن الحلف بغير الله تعالى، وفي هذا كله قال الإمام ابن حزم الظاهري: «ومن حلف في ذلك ـ أي في ترك وطء زوجته ـ بطلاق أو عتق أو صدقة أو غير ذلك فليس مولياً وعليه الأدب؛ لأنه حلف بما لا يجوز الحلف به برهان ذلك قول الله عزّ وجلّ: **﴿للذين يُؤلونَ مِنْ نسائِهم تربُّص أربعة أشهرٍ، فإن فاؤوا فإنَّ الله غفورٌ رحيم، وإن عزموا الطلاق فإنَّ الله سميعٌ عليم﴾**، فهذه الآية تقتضي كل ما قلناه؛ لأن «الألية» هي اليمين، وقد صحَّ عن رسول الله ﷺ: «من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله» فصحَّ أن من حلف بغير الله تعالى فلم يحلف بما أمره الله تعالى به فليس حالفاً، قال رسول الله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردٌّ»[10125].

٨١٨٤ ـ سادساً: مذهب الجعفرية:

قالوا: لا ينعقد الإيلاء ـ كمطلق اليمين ـ إلا باسم الله تعالى المختص به أو الغالب لا بغيره من الأسماء وإن كانت معظمة؛ لأنه حلف خاص، وقد قال ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله تعالى أو ليصمت»[10126].

٨١٨٥ ـ القول الراجح:

والراجح قول من قال إن الإيلاء لا يصح إلا بالحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته لما احتج به أصحاب هذا القول، أما الاحتجاج بأن الحلف أو اليمين بالشرط والجزاء فيه معنى اليمين بالله تعالى والحلف به من حيث إن الحالف يتقوى بذلك على امتناعه من الوطء فيرد عليه أن اليمين عبادة لما فيها من تعظيم المحلوف به؛ ولأن الشرع نهى عن الحلف بغير الله. أما كون اليمين بغير الله كالحلف بصيغة الشرط والجزاء، فيه معنى الحلف بالله، لما فيه من قوّة منع الحالف من مخالفة ما حلف عليه، فهذا القول لا يصلح حجة لجواز ما قالوه، لأننا لو أخذنا بهذا المعنى لأمكن القول أو لقال البعض بجواز الحلف بالأنبياء أو بالأئمة والصالحين، أو بغيرهم لما في الحلف بهم من قوّة مانعة للحالف من الحنث في يمينه وحلفه، وهذا غير مقبول لنهي الشرع عن الحلف بغير الله تعالى، فيجب أن نقف عند نهي الشرع.

(١٠١٢٤) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢١٦-٢١٧.

(١٠١٢٥) «المحلى» لابن حزم الظاهري، ج١٠، ص٤٢-٤٣.

(١٠١٢٦) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٧٥-١٧٦.

المطلب الرابع
المحلوف عليه

٨١٨٦ ـ المحلوف عليه هو الوطء:

المـراد بالمحلوف عليه هو الـوطء، أي أن الـزوج يحلف على ترك وطء زوجتـه[١٠١٢٧]. والمقصود بالوطء: الوطء في الفرج، أي في قُبُل الزوجة وليس في دبرها[١٠١٢٨].

وفي الفتاوى الهندية في فقه الحنفية: «لا يكون مولياً إلا بالحلف على الجماع في الفرج، أي على ترك الجماع في الفرج»[١٠١٢٩].

٨١٨٧ ـ الوطء في غير الفرج:

ولما كان المراد بالمحلوف عليه في الإيلاء هو ترك الوطء في فرج الزوجة أي في قبلها لا في دبرها، فإذا حلف على أن لا يطأها في الدبر أو فيما دون الفرج لم يكن مولياً، جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «فلو حلف على الامتناع من وطئها في الدبر أو في الحيض أو في النفاس أو فيما دون الفرج لم يكن مولياً، بل هو محسن لا تتضرر بذلك ولا تطمع في الوطء فيما ذكر؛ ولأنه ممنوع من الوطء في غير فرج المرأة شرعاً فأكّد الممنوع منه بالحلف»[١٠١٣٠].

وفي «المهذب» في فقه الشافعية أيضاً: «ولا يصح الإيلاء إلا على ترك الوطء في الفرج، فإن قال: والله لا وطأتكِ في الدبر لم يكن مولياً لأن الإيلاء هو اليمين التي يمنع بها نفسه من الجماع، والوطء في الدبر ممنوع منه من غير يمين؛ ولأن الإيلاء هو اليمين التي يقصد بها الاضرار بترك الوطء، والوطء الذي يلحق الضرر بتركه هو الوطء في الفرج»[١٠١٣١].

المطلب الخامس
مدّة الإيـلاء

٨١٨٨ ـ الأقوال في مدّة الإيلاء:

اختلف الفقهاء في تقدير المدّة التي يكون فيها الزوج مولياً، أي المدّة التي حلف على ترك وطء زوجته فيها ـ أي أثناء هذه المدة ـ ونذكر فيما يلي أقوالهم فيها.

(١٠١٢٧) «المغني» ج٧، ص٣٠٠، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٧٨..

(١٠١٢٨) «غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى» ج٣، ص١٨٤.

(١٠١٢٩) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٤٧٧.

(١٠١٣٠) «مغنى المحتاج» ج٣، ص٣٤٣.

(١٠١٣١) «المهذب وشرحه المجموع»، ج١٦، ص٢٩٤.

٨١٨٩ ـ أولاً : المدّة أكثر من أربعة أشهر :

يكون الزوج مولياً إذا حلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر وهذا مذهب الحنابلة، وقال عنه ابن قدامة الحنبلي أنه: «قول ابن عباس وطاووس وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعي والشافعي وأبي ثور وأبي عبيد»[١٠١٣٢].

وكذلك يكون الزوج مولياً إذا لم يذكر مدّة، وإنما قال (أبداً) أو أطلق في حلفه ولم يذكر شيئاً، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وهو أي الإيلاء حلف زوج . . على ترك وطء امرأته الممكن جماعها أبداً أو يطلق في حلف لا يطأها أو يحلف لا يطأها أكثر من أربعة أشهر . . »[١٠١٣٣]. وهذا ما صرَّح به أيضاً الشافعية والمالكية والجعفرية[١٠١٣٤].

٨١٩٠ ـ ثانياً: المدّة هي أربعة أشهر فصاعداً:

يكون الزوج مولياً إذا حلف على ترك الوطء أربعة أشهر فصاعداً، وهذا مذهب الحنفية، فقد جاء في «البدائع» للإمام الكاساني: «المدّة وهي أن يحلف ـ على ترك الوطء ـ على أربعة أشهر فصاعداً في الحرّة أو يحلف مطلقاً أو مؤبداً حتى لو حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً في حق الطلاق»[١٠١٣٥].

وفي «فتح القدير» في فقه الحنفية: «وأما ركنه ـ أي الإيلاء ـ فهو الحلف المذكور، وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر»[١٠١٣٦]. وهذا أيضاً مذهب الزيدية[١٠١٣٧].

٨١٩١ ـ ثالثاً: لا تقدير لأقل المدَّة:

لا تقدير لأقل مدّة الإيلاء، فلو كانت المدّة ساعة فأكثر فالإيلاء صحيح ويترتب عليه حكمه، وهذا مذهب الظاهرية فقد جاء في «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «ومن حلف بالله عزّ وجلّ أو باسم من أسمائه تعالى أن لا يطأ امرأته، فسواء وقّت ساعة فأكثر إلى جميع عمره أو لم يوقت، الحكم في ذلك واحد. . . »[١٠١٣٨]. وهذا مذهب النخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى واسحاق،

(١٠١٣٢) «المغني» ج٧، ص٣٠٠، «المهذب مع شرحه المجموع» ج١٦، ص٣٠٠، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٦٤، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٢٨.

(١٠١٣٣) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢١٦-٢١٧.

(١٠١٣٤) «نهاية المحتاج» ج٧، ص٦٤، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٧٨، «شرائع الإسلام» ص٨٥، ج٣.

(١٠١٣٥) «البدائع» ج٣، ص١٧١.

(١٠١٣٦) «فتح القدير» ج٣، ص١٨٢.

(١٠١٣٧) «الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير» ج٤، ص٤٤٩-٤٥١.

(١٠١٣٨) «المحلّى» ج١٠، ص٤٢.

فعند هؤلاء: من حلف على ترك الوطء في قليل من الأوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مولٍ لقول الله تعالى: ﴿للذينَ يُؤلونَ مِنْ نِسائِهم تربُّص أربعة أشهرٍ﴾، وهذا مولٍ فإن الإيلاء هو الحلف، وهذا حالف[10139].

٨١٩٢ ـ أدلة الأقوال: القول الأول:

وأصحاب هذا القول يرون أن المدّة أكثر من أربعة أشهر ويستدلون بما يأتي:

أ ـ قوله تعالى: ﴿للذينَ يُؤلونَ مِنْ نِسائِهم تربُّص أربعة أشهرٍ﴾ ووجه الاحتجاج بهذه الآية الكريمة، أن الله تعالى جعل للمولي أربعة أشهر فهي له بكمالها لا اعتراض لزوجته عليه فيها، كما أن الدين المؤجل لا يستحق صاحبه المطالبة به إلا بعد تمام الأجل[10140].

ب ـ ثم إن الآية الكريمة جعلت للمولي تربص أربعة أشهر، فإذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها فلا معنى للتربص؛ لأن مدّة الإيلاء تنقضي قبل ذلك أو مع انقضائها. وأيضاً تقدير التربص بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدّةٍ تناولها الإيلاء، ولأن المطالبة بالفيء إنما تكون بعد أربعة أشهر، فإذا انقضت المدّة بأربعة أشهر فما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء. وأيضاً فإن الضرر لا يتحقق بترك الوطء فيما دون أربعة أشهر، ويدل على ذلك أن عمر رضي الله سأل النساء كم تصبر المرأة عن زوجها، فقلن لا يزيد ذلك عن أربعة أشهر، فكتب عمر إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسوا الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهرٍ أي ارجعوه إلى أهله[10141].

٨١٩٣ ـ أدلة القول الثاني:

وأصحاب هذا القول يجعلون مدّة الإيلاء أربعة أشهر فصاعداً ويستدلون بما يأتي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿للذينَ يُؤلونَ مِنْ نِسائِهم تربُّص أربعة أشهرٍ﴾ جعل هذه المدّة تربصاً للفيىء فيها ولم يجعل له التربص أكثر منها، فمن امتنع من وطء امرأته باليمين هذه المدّة أكسبه ذلك حكم الإيلاء وهو الطلاق ولا فرق بين الحلف على الاربعة أشهر وعلى أكثر منها، إذ ليس له تربص أكثر من هذه المدّة[10142].

ثانياً: وقال الإمام الكاساني محتجاً لهذا القول: قوله تعالى: ﴿للذينَ يُؤلونَ مِنْ نِسائِهم تربُّص أربعة أشهرٍ﴾، ذكر للإيلاء في حكم الطلاق مدّة مقدرة فلا يكون الحلف على ما دونها إيلاءً في حق هذا الحكم، وهذا لأن الإيلاء ليس بطلاق حقيقة وإنما جعل طلاقاً معلقاً بشرط

(١٠١٣٩) «المغني» ج٧، ص٣٠٠. (١٠١٤٠) «تفسير القرطبي» ج٣، ص١٠٤.
(١٠١٤١) «المغني» ج٧، ص٣٠٠، «المهذب والمجموع»، ج١٦، ص٣٠٠.
(١٠١٤٢) «أحكام القرآن» للجصاص، ج١، ص٣٥٧.

البرّ ـ أي الوفاء بمقتضى حلفه ـ شرعاً بوصف كونه مانعاً من الجماع أربعة أشهر فصاعداً، فلا يجعل طلاقاً بدونه، ولأن الإيلاء هو اليمين التي تمنع الجماع خوفاً من لزوم الحنث، وبعد مضي يوم أو شهر يمكنه أن يطأها من غير حنث يلزمه فلا يكون هذا إيلاء[10143].

ثالثاً: وحجة أخرى لهذا القول ذكرها الإمام القرطبي في تفسيره فقال: «قال الكوفيون جعل الله التربص في الإيلاء أربعة أشهر كما جعل عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، فلا تربص بعدها. فيجب بعد المدّة سقوط الإيلاء، ولا يسقط إلا بالفيء وهو الجماع في داخل المدّة، والطلاق بعد انقضاء الأربعة الأشهر[10144].

٨١٩٤ ـ أدلة القول الثالث:

وأصحاب هذا القول يرون صحة الإيلاء بأقل من أربعة أشهر فلا يرون لأقل مدّة الإيلاء تقديراً معيناً، واستدلوا بما يأتي:

أولاً: من الحجة لهذا القول القياس على من حلف على أكثر من أربعة أشهر لا يقرب زوجته فإنه يكون مولياً لأنه قصد الإضرار باليمين أي بإيلائه من زوجته، وهذا المعنى موجود في المدّة القصيرة[10145].

ثانياً: إن المدّة المذكورة في قوله تعالى: ﴿**للذينَ يُؤلونَ مِنْ نِسائِهم تربُّص أربعة أشهرٍ**﴾، هذه المدّة هي التي تضرب ـ تحدد ـ للمولي، فإن فاء بعدها وإلاّ طلّق حتماً، وليست هذه المدّة بياناً للمدّة التي لا يصح الإيلاء بدونها[10146].

ثالثاً: ومن الحجة لهذا القول: الاطلاق الوارد في قوله تعالى: ﴿**للذينَ يُؤلونَ مِنْ نِسائِهم**﴾ دون تقييد لهذا الإيلاء بمدّة لا بأربعة أشهر ولا بأكثر منها[10147].

٨١٩٥ ـ القول الراجح:

والراجح عندي قول الظاهرية ومن وافقهم وهو صحة الإيلاء بقليل المدّة وكثيرها دون تقييد ولا تحديد بأربعة أشهر أو أكثر، ووجه هذا الترجيح أن قوله تعالى: ﴿**للذينَ يُؤلونَ مِنْ نِسائِهم**

(١٠١٤٣) «البدائع» للكاساني، ج٣، ص١٧١.

(١٠١٤٤) «أحكام القرآن للقرطبي» ج٣، ص١٠٥. (١٠١٤٥) «أحكام القرآن للقرطبي» ج٣، ص١٠٥.

(١٠١٤٦) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٢٧، «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٥٧.

(١٠١٤٧) «بداية المجتهد» ج٢، ص٨٤.

﴿تربُّص أربعة أشهرٍ﴾ الإيلاء في الآية جاء عاماً لجميع المولين ومطلقاً من ناحية المدّة فتشمل الآية الكريمة كل مولٍ مهما كانت مدّة إيلائه.

وأما الأربعة الأشهر فهي مدّة تربصه أي انتظارِه. فإن فاء في أثنائها فقد سقط حكم إيلائه من جهة وقوع الطلاق إذا لم يفيء، وإن أبى الفيئة إلى زوجته بعد مضيها لزمه الطلاق كما سنبينه، وقد جاء في «شرح العسقلاني لصحيح البخاري»: «وقال إسحاق: إن حلف أن لا يطأ زوجته على يوم فصاعداً ثم لم يطأ حتى مضت أربعة أشهر كان إيلاءً، وجاء عن بعض التابعين مثله. وصنيع البخاري ثم الترمذي في إدخال حديث أنس في باب الإيلاء يقتضي موافقة إسحاق في ذلك.

وحمل هؤلاء قوله تعالى: ﴿تربُّص أربعة أشهرٍ﴾ على المدّة التي تضرب للمولي، فإن فاء بعدها وإلّا ألزم بالطلاق. وعن الحسن البصري: إذا قال الزوج والله لا أقربك الليلة فتركها أربعة أشهر من أجل يمينه تلك فهو إيلاء»[١٠١٤٨]. فما رجحناه له سلف من السلف الصالح، وظاهر الآية الكريمة لا ينافيه، بل يدل عليه ويعضده.

٨١٩٦ - كيفية احتساب أشهر الإيلاء:

إذا آلى الزوج من زوجته أربعة أشهر وهي أقل مدّة للإيلاء عند الحنفية ومن وافقهم، فكيف تُحتَسب هذه الأربعة الأشهر؟ لا خلاف عند الحنفية أن الإيلاء إذا وقع في غرّة الشهر فإن المدّة تعتبر بالأهلة، أما إذا وقع في بعض الشهر فلا رواية عن أبي حنيفة في هذه المسألة. وعن أبي يوسف تعتبر الأربعة الأشهر بالأيام، وذلك مائة وعشرون يوماً. وروي عن الإمام زفر أنه يعتبر بقية الشهر الأول بالأيام، والشهر الثاني والثالث والرابع بالأهلة وتكمل أيام الشهر الأول بالأيام من أول الشهر الخامس[١٠١٤٩].

٨١٩٧ - ولا مانع من الأخذ بقول الحنفية الذي ذكرناه في كيفية احتساب مدّة الأربعة الأشهر، وفي احتساب الأربعة الأشهر التي هي مدّة التربص عند القائلين بصحة الإيلاء وإن كانت مدّة أقل من أربعة أشهر. ويكون ابتداء احتسابها من وقت إيلائه، فإن وقع إيلاؤه في غرّة الشهر فإن احتساب مدّة التربص وهي أربعة أشهر، يكون بالأهلة. وإذا وقع الإيلاء في بعض الشهر أخذنا بقول أبي يوسف أو بقول زفر في احتساب الأربعة الأشهر.

(١٠١٤٨) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٤٢٧.

(١٠١٤٩) «البدائع» ج٣، ص١٧٣، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٢٤.

المطلب السادس

ألفـاظ الإيـلاء وصيغتـه

٨١٩٨ ـ تمهيد ونهج البحث:

للإيلاء ألفاظ تدل عليه، وصيغة يصدر بها عن المولي، فما هي هذه الألفاظ، وهل فيها الصريح والكناية كما في ألفاظ الطلاق؟ وما هي صيغته وهل فيها المنجزة والمعلقة والمضافة إلى المستقبـل كما في صيغ الطلاق؟ هذا ما نريد بيانه في هذا المطلب، وعليه نقسمه إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: ألفاظ الإيلاء.

الفرع الثاني: صيغة الإيلاء.

الـفرع الأول

ألفاظ الإيــلاء

٨١٩٩ ـ المقصود بألفاظ الإيلاء:

نريد بألفاظ الإيلاء كل لفظ يدل على إرادة إيقاع الإيلاء. وهذه الألفاظ منها ما هو صريح في دلالته على الإيلاء، ومنها ما هو كناية غير صريح في دلالته على الإيلاء فيفتقر إلى النيّة لوقوع الإيلاء به. ونذكر فيما يلي أقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة في ألفاظ الإيلاء.

٨٢٠٠ ـ أولاً: مذهب الحنفية[١٠١٥٠]:

عندهم الصريح من ألفاظ الإيلاء لفظ «المجامعة» بأن يحلف أن لا يجامعها، وأن الذي يجري مجرى الصريح هو لفظ القربان والوطء ولفظ المباضعة والافتضاض في البكر، بأن يحلف أن لا يقربها أو لا يطأها أو لا يباضعها أو لا يفتضها وهي بكر.

٨٢٠١ ـ وتعليل ما يجري مجرى الصريح من ألفاظ الكنايات هو ما يأتي:

أ ـ إن لفظ «القربان» المضاف إلى المرأة يراد به الجماع في العرف قال تعالى: **﴿ولا تقربوهنّ حتّى يطهرن﴾**[١٠١٥١].

(١٠١٥٠) «البدائع» ج٣، ص١٦٢، «الفتاوى الهندية في فقه الحنفية» ج١، ص٤٧٧.

(١٠١٥١) [سورة البقرة]، من الآية، ٢٢٢.

ب ـ لفظ «الوطء» المضاف إلى المرأة غلب استعماله في الجماع، قال النبي ﷺ في سبايا أوطاس: لا تُوطَأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى ـ غير الحبالى ـ حتى يستبرأن بحيضة.

جـ ـ ولفظ المباضعة، مفاعلة من البضع وهو الجماع أو الفرج.

د ـ ولفظ الافتضاض في العرف عبارة عن جماع البكر وهو كسر العذرة في الأنثى الباكر، مأخوذ من الفض وهو الكسر.

هـ ـ وكذا يجري مجرى الصريح عند الحنفية إذا حلف لا يغتسل منها؛ لأن الاغتسال منها لا يكون إلا بالجماع.

٨٢٠٢ ـ وأما الكنايات من ألفاظ الإيلاء فنحو لفظة (الاتيان) أو (الاصابة) بأن يحلف لا يأتيها أو لا يصيب منها يريد الجماع، لأنهما (الاتيان والاصابة) من كنايات الجماع، ولكن لا بد من النيّة ـ بنية الإيلاء ـ لوقوع الإيلاء بهما. وكذلك لفظ (الغشيان) بأن يحلف أن لا يغشاها، لأن الغشيان يستعمل في الجماع، قال الله تعالى: ﴿فَلَمَّا تغشَّاها﴾ أي جامعها، فلا بدّ من النيّة، نيّة إيقاع الإيلاء بهذه اللفظة.

٨٢٠٣ ـ ومن ألفاظ الكناية في الإيلاء (المس) كما لو حلف أن لا يمس جلده جلدها، أو حلف ألا يمسها. ومن الكنايات أيضاً (المضاجعة وقربان فراشها) كما لو حلف أن لا يضاجعها أو لا يقرب فراشها، فإن قصد بذلك الجماع وقع الإيلاء. ومن الكنايات في الإيلاء أن يحلف أن لا يجتمع رأسه ورأسها. ومن الكنايات أيضاً لو حلف لأسوءنك أو لأغيظنك. يكون مولياً إذا قصد بما قال ترك الجماع.

٨٢٠٤ ـ لا بد من النيّة في ألفاظ الكنايات لوقوع الإيلاء:

والخلاصة فلا بد من النيّة في ألفاظ الكنايات لوقوع الإيلاء، ويُصدَّق قضاء إذا قال: ما عنيت الإيلاء أو قال عنيته (أي قصدته وأردته).

٨٢٠٥ ـ الصريح لا يفتقر إلى النيّة لوقوع الإيلاء به:

واللفظ الصريح في الإيلاء لا يحتاج إلى النيّة ـ نيّة إيقاع الإيلاء به ـ لوقوع الإيلاء، وهذا في القضاء بمعنى أنه لا يُصدَّق بادعائه عدم إرادة الإيلاء بهذا اللفظ، لأن اللفظ صريح فيه، ولكن يُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالى.

٨٢٠٦ ـ ثانياً: مذهب الشافعية[١٠١٥٢]:

قالوا: لفظ الإيلاء الدال عليه صريح وكناية.

فمن صريح ألفاظ الإيلاء: تغييب حشفة أو ذكر في فرج. ووطء وجماع. وافتضاض بكر ـ أي إزالة بكارتها. كقول الزوج لزوجته: والله لا أُغيِّب أو لا أُدخل أو لا أولج ذكري أو حشفتي في فرجك. أو قوله: لا أطؤكِ أو لا أجامعك أو لا أُفتضك وهي بكر.

٨٢٠٧ ـ ومن الكناية في الإيلاء: الملامسة، والمباضعة، والمباشرة والاتيان، والغشيان، والقربان، ونحوها كافتضاض ومسّ ودخولٍ، وإنما كانت هذه الألفاظ من كنايات الإيلاء لاستعمالها في غير الوطء أيضاً مع عدم اشتهارها فيه حتّى المسّ وإن تكرر في القرآن بمعنى الوطء. وهذه الألفاظ تفتقر إلى النيّة أي نيّة الوطء لأنها كنايات ولم تشتهر في الإيلاء اشتهار الألفاظ السابقة فيه.

٨٢٠٨ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة[١٠١٥٣]

وعندهم ألفاظ الإيلاء التي يكون بها الزوج مولياً ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما هو صريح في دلالته على الإيلاء فيؤخذ به قضاء ولا يقبل من الحالف به تأويلاً أو أنه لم يرد بهذا اللفظ إيلاءً لأنه صريح فيه ولا يحتمل غيره. وألفاظ هذا القسم هي: (لا أنكيك). أو (لا أدخل أو لا اغيّب أو لا أولج ذكري في فرجك) أو (لا افتضضتك ـ للبكر خاصة ـ).

٨٢٠٩ ـ القسم الثاني: صريح في حكم القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى فيما نواه. وهذه الألفاظ هي: (لا وطأتكِ) و(لا أصبتك) و(لا باشرتك) و(لا مسستك) و(لا قربتك) و(لا أتيتك) و(لا باضعتك) و(لا باعلتك) و(لا اغتسلت منك). فهذه الألفاظ صريحة في الحكم؛ لأنها تستعمل في العرف في الوطء، وقد ورد القرآن الكريم ببعضها فقال سبحانه وتعالى: ﴿ولا تقربوهنّ حتّى يطهُرن، فإذا تطهَّرن فأتوهنَّ من حيثُ أمركمُ الله﴾[١٠١٥٤]. وقال تعالى: ﴿ولا

(١٠١٥٢) «نهاية المحتاج» ج٧، ص٦٧ـ٦٨، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٥ـ٣٤٦. «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٢٩٥ـ٢٩٨.

(١٠١٥٣) «المغني» ج٧، ص٣١٥ـ٣١٦.

(١٠١٥٤) [سورة البقرة، من الآية ٢٢٢].

تباشروهنَّ وأنتُم عاكِفُونَ في المَسَاجدِ﴾[10155]. وقال تعالى: ﴿مِنْ قبلُ أنْ تَمسُّوهُنَّ﴾[10156].

وأما لفظ الجماع ولفظ الوطء فهما أشهر الألفاظ في الاستعمال، فلو قال أردت بهما غير الوطء في الفرج دِينَ فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل منه هذا الادعاء في أحكام الدنيا؛ لأنه خلاف الظاهر والحكم.

٨٢١٠ - القسم الثالث: مالا يكون إيلاء إلّا بالنية وهو ما عدا الألفاظ المذكورة في القسمين السابقين مما يحتمل الجماع وغيره كقول الزوج لزوجته: (والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء) وقوله (والله لأسوءنك) وقوله (والله لأغيظنك) أو (لتطول غيبتي عنك) و(لا مسّ جلدي جلدك) و(لا قربت فراشك) و(لا أويت معك) و(لا نمت معك). فهذه الألفاظ إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان مولياً وإلا فلا؛ لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النّص باستعمالها فيه. ومن هذه الألفاظ ما يفتقر إلى نيّة الجماع والمدّة معاً وهي قوله (لأسوءنك) و(لأغيظنك) و(لتطول غيبتي عنك) ولا يكون مولياً بهذه الألفاظ الثلاثة حتى ينوي ترك الجماع في مدّة تزيد على أربعة أشهر. وفي غيرها يكون مولياً بنيّة الجماع فقط.

٨٢١١ - رابعاً: مذهب الجعفرية:[10157]:

وعندهم اللفظ الصريح في الإيلاء «والله لا أدخلت فرجي في فرجك» أو يأتي الزوج المولي باللفظة المختصة بهذا الفعل أو ما يدل عليها صريحاً. واللفظ المحتمل كقوله (لا جامعتك) أو (لا وطأتك) فإن قصد الإيلاء صحَّ، ولا يقع مع تجرده عن النيّة. أما لو قال: (لا أجمع رأسي ورأسك في بيت أو مخدّة) أو (لا ساقفتك). فقد قال الشيخ في الخلاف: لا يقع به إيلاء. وقال في المبسوط يقع مع القصد، وهو حسن.

٨٢١٢ - القول الراجح:

والراجح في ألفاظ الإيلاء أن يقال: كل لفظ دلَّ بنفسه على الامتناع عن وطء الزوج زوجته في فرجها وكانت هذه الدلالة هي المتبادرة إلى الذهن نظراً لذات اللفظ أو لشيوع استعماله في هذا المعنى أو لجريان عرف الناس بأن المراد منه هو الوطء في فرج المرأة، فإن اللفظ يعتبر صريحاً في دلالته على الإيلاء. وكل لفظ لا يصل في دلالته على الإيلاء إلى هذا الحد الذي ذكرناه لا يكون صريحاً في الإيلاء، وإنما هو كناية يفتقر إلى النيّة لوقوع الإيلاء به، ويُصدَّق

(١٠١٥٥) [سورة البقرة، الآية ١٨٧].

(١٠١٥٦) [سورة الأحزاب، الآية ٤٩].

(١٠١٥٧) «شرائع الإسلام» للحلبي في فقه الجعفرية، ج٣، ص٨٣.

الزوج فيما أراده منه في أحكام الدنيا. ولا يصدق في اللفظ الصريح أنه ما أراد به الإيلاء في أحكام الدنيا.

٨٢١٣ - الإيلاء يصح بأية لغة:

ويصح الإيلاء بأية لغة سواء كانت عربية أو غير عربية، ممن يحسن العربية وممن لا يحسنها؛ لأن الإيلاء يمين، واليمين تنعقد بغير العربيّة وتجب فيها الكفارة.

وأيضاً فإن المولي هو الزوج الحالف بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه، وهذا المعنى الذي يصير به الزوج مولياً يمكن تحقيقه بأية لغة يقع بها الإيلاء ما دام المولي يعرف أن المقصود من لفظه وعبارته هو إيقاع الإيلاء.

الفرع الثاني

صيغــــة الإيـــلاء

٨٢١٤ - ثلاث حالات لصيغة الإيلاء:

يجوز أن تكون صيغة الإيلاء منجزة كأن يقول الزوج لزوجته (والله لا أجامعك مدّة سنة). وهذه هي الصيغة المنجزة. ويجوز أن تكون الصيغة معلقة بشرط كأن يقول الزوج لزوجته: (والله لا أجامعك مدّة سنة إن خرجت اليوم من البيت) وهذه هي الصيغة المعلقة. ويجوز أن تكون الصيغة مضافة إلى المستقبل كأن يقول الزوج لزوجته والله لا أجامعك مدّة سنة ابتداء من أول الشهر القادم. وهذه هي الصيغة المضافة إلى المستقبل. وهذه هي أنواع أو حالات صيغة الإيلاء فبأيها وقع الإيلاء صح واعتبر، وبهذا قال الجمهور[١٠١٥٨].

٨٢١٥ - وخالف في ذلك الجعفرية، فعندهم يشرط في صيغة الإيلاء لصحته أن تكون منجزة مجرّدة عن الشرط والإضافة إلى المستقبل على القول الأظهر في مذهبهم، فقد جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط؟ فيه قولان: أظهرهما اشتراطه، فلو علّقه بشرط أو زمان متوقع كان لاغياً»[١٠١٥٩].

(١٠١٥٨) «المغني» ج٧، ص٣٠١، وما بعدها، «فتح القدير» ج٣، ص١٩٤-١٩٥، «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٢٧.

(١٠١٥٩) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٨٣.

٨٢١٦ ـ حالات تعليق صيغة الإيلاء:

أولاً: التعليق على شرط مستحيل:

إذا كانت صيغة الإيلاء معلقة على شرط مستحيل، لغا الشرط ووقع الإيلاء وصحَّ؛ لأن معنى هذا التعليق ترك الزوج وطء زوجته وحلفه على ذلك، وما تعليقه الإيلاء بشرط مستحيل إلّا لبيان إصراره وعزمه على ترك وطء زوجته؛ لأن ما يراد تأكيد عدم وجوده يعلق على المستحيلات، قال تعالى بشأن الكفار «ولا يدخلون الجنّة حتّى يلج الجمل في سم الخياط»[١٠١٦٠]. ومعناه لا يدخلون الجنّة أبداً. وعلى هذا إذا قال لزوجته والله لا جامعتك حتى تقلبي الحجر ذهباً أو حتى يشيب الغراب، كان في هذا القول مولياً[١٠١٦١].

٨٢١٧ ـ ثانياً: التعليق على شرط غير مستحيل:

وإذا جاءت صيغة الإيلاء معلقة على شرط غير مستحيل فهذا يكون على خمسة أوجه عند الحنابلة[١٠١٦٢].

٨٢١٨ ـ الوجه الأول:

ما يعلم أن هذا الشرط لا يوجد قبل أربعة أشهر من وقت صدور الإيلاء المعلّق كقيام القيامة، أو رجوع السجين الفلاني المحكوم بالسجن خمس سنوات إلى أهله. وفي هذه الحالة يقع الإيلاء ويعتبر الزوج مولياً.

٨٢١٩ ـ الوجه الثاني:

إذا كان الغالب في هذا الشرط أنه لا يوجد في أربعة أشهر، كأن يقول الزوج «والله لا أقربك حتى يقدم زيد من مكّة» والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر، فإن الإيلاء يقع ويكون الزوج مولياً.

٨٢٢٠ ـ الوجه الثالث:

أن يكون الشرط محتمل الوجود في أربعة أشهر، ويحتمل عدم الوجود احتمالاً متساوياً كقدوم زيد من سفر قريب. فهذا ليس بإيلاء ولا يكون الزوج به مولياً.

(١٠١٦٠) [سورة الأعراف، الآية ٧].

(١٠١٦١) «المغني» ج٧، ص٣٠١.

(١٠١٦٢) «المغني» ج٧، ص٣٠٢-٣٠٣.

٨٢٢١ ـ الوجه الرابع:

أن يوجد الشرط في أقل من أربعة أشهر حسب علم الزوج المولي، فهذا لا يكون مولياً؛ لأن الشرط في مدّة الإيلاء أن يكون أكثر من أربعة أشهر؛ ولأنه لم يقصد الاضرار بزوجته بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر فأشبه مالو قال والله (لا وطأتك شهراً).

٨٢٢٢ ـ الوجه الخامس:

أن يكون الشرط فعلاً مباحاً لا مشقة فيه كما لو قال لها: (والله لا أجامعكِ حتى تدخلي الدار أو تلبسي هذا الثوب. فهذا ليس بإيلاء؛ لأنه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه. وإذا علقه على شرط هو فعل محرم كقوله: (والله لا أجامعكِ حتى تشربي الخمر)، فالإيلاء واقع لأنه علّقه بشرط ممتنع شرعاً فأشبه الممتنع حساً.

وإذا علّقـه بشرط في فعله مضرّة على فاعله كأن يقول: (والله لا أجامعكِ حتى تسقطي مهركِ) فهذا إيلاء؛ لأن أخذه لمالها من غير رضاها لا يجوز فجرى مجرى تعليق الإيلاء على شرب الخمر.

٨٢٢٣ ـ ما يلاحظ على التعليق على شرط غير مستحيل:

ما ذكرناه من أوجه التعليق على شرط غير مستحيل على ما قرره الحنابلة من جهة المدّة التي يمكن أو لا يمكن أن يتحقق فيها الشرط، إنما هو بالنسبة للفقهاء الذين اشترطوا لصحة الإيلاء أن تكون مدّته أكثر من أربعة أشهر.

أما الذين اشترطوا أن تكون مدّة الإيلاء أربعة أشهر فأكثر، فهؤلاء يسري في حقّهم الوجه الثاني. وأما الذين لم يشترطوا مقداراً لأقل مدّة الإيلاء فهؤلاء يصح عندهم الإيلاء بأي مدّة وقع بها الإيلاء، كما قلنا، وبالتالي يصح عندهم الإيلاء في الأوجه الأربعة التي ذكرها الحنابلة في التعليق على شرط غير مستحيل بالنسبة للمدة التي يمكن أو لا يمكن أن يقع فيها الشرط.

٨٢٢٤ ـ تعليق الإيلاء على المشيئة:

إذا قال الزوج (والله لا وطأتك إن شاء فلان) لم يصر مولياً حتى يشاء فلان، وبهذا قال الحنابلة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لأنه لا يصير ممتنعاً من الوطء حتى يشاء فلان، فلا يكون مولياً حتى يشاء[١٠١٦٣].

(١٠١٦٣) «المغني» ج٧، ص٣٠٢-٣٠٤.

المبحث الثالث

حكم الإيلاء (آثار الإيلاء)

٨٢٢٥ ـ تمهيد:

الزوج المولي (الحالف) يمنح مدّة أربعة أشهر لقول الله تعالى: ﴿**لِلذينَ يُؤلونَ مِنْ نِسائِهِم تَرَبُّص أربعة أشهرٍ**﴾، فإن فاء خلال هذه المدّة ورجع إلى زوجته انتهى الإيلاء، وانحل يمينه إذا كانت فيئته معتبرة، وإذا مضت هذه المدّة دون فيئة وقعت تطليقة واحدة على رأي بعض الفقهاء، وعند البعض الآخر يوقف ويطلب منه الفيئة إلى زوجته، فإن أبى أمره القاضي بالتطليق، فإن أبى طلّق القاضي عليه تطليقة بائنة.

٨٢٢٦ ـ منهج البحث:

وهذا الاجمال الشديد الذي ذكرناه يحتاج إلى شيء من البيان والتفصيل، بذكر أقوال الفقهاء فيه، وما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه، وعليه نقسم هذا البحث إلى مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

مدّة التربص للمولي

٨٢٢٧ ـ امهال المولي أربعة أشهر:

يُمهل المولي أربعة أشهر لقوله تعالى: ﴿**لِلذينَ يُؤلونَ مِنْ نِسائِهِم تَرَبُّص أربعة أشهرٍ**﴾، وهذا التربص ـ أي إمهال المولي ـ على وجه الوجوب لظاهر الآية الكريمة وإن لم يطالب المولى (الحالف) بالإمهال، وبهذا صرّح الفقهاء، فقد جاء في «نهاية المحتاج» في فقه الشافعية:

«يمهل وجوباً المولي من غير مطالبة أربعة أشهر رفقاً به وللآية»[10164]. وهذه الأربعة الأشهر لإمهال المولي هي مدّة التربص له.

٨٢٢٨ ـ لا اختلاف في مدّة التربص بين حرّ وعبد:

مدّة التربص للمولي وهي أربعة أشهر لا تختلف بين حرٍّ وعبد؛ لأن مبناها ملاحظة الزوجة من جهة مدى اصطبارها عن ابتعاد زوجها عنها وامتناعه من وطئها، وبهذا صرّح أهل العلم، فقد قال الفقيه الرملي الشافعي معللاً وحدة المدّة بين الحرّ والعبد في الإيلاء: «إن المدّة ـ مدّة الإيلاء ـ شرعت لأمر جبلي هو قلة صبرها ـ أي الزوجة عن زوجها ـ فلم يختلف برق وحرية كمدّة عنّةٍ وحيض[10165].

٨٢٢٩ ـ حكمة تشريع مدّة التربص:

والحكمة في إمهال الزوج المولي هذه المدّة ـ مدّة التربص ـ هي إعطاء المولي فسحة من الوقت وفرصة كافية للتأمل والنظر فيما أقدم عليه من إيلاء من زوجته ليتدارك ما قد عسى أن يكون قد تعجل فيه، فأخطأ فيما أقدم عليه دون روية ولا نظر، ولهذا لا تتعجل الفرقة بينه وبين زوجته فور صدور الإيلاء منه، كما لا تتخذ نحوه إجراءات معينة خلال مدّة الإيلاء كالتي تتخذ نحوه بعد مضي هذه المدّة، وإن كان هذا لا يمنع من مطالبته بالرجوع إلى زوجته والفيئة إليها، ولكن دون أن يترتب على امتناعه عن الفيئة قبل مضي المدة حكم معين.

٨٢٣٠ ـ وقت ابتداء مدّة التربص:

إن كان الإيلاء منجزاً فوقت ابتداء مدّة التربص من وقت الإيلاء أي من وقت صدور اليمين من الزوج بعدم قربان زوجته. وإن كان الإيلاء مضافاً إلى وقت مستقبل، فوقت ابتداء مدّة الإيلاء من وقت حلول الوقت المضاف إليه. وإن كان الإيلاء معلقاً على شرط فوقت ابتدائه من وقت تحقق الشرط.

٨٢٣١ ـ لا حاجة لحكم القاضي لثبوت مدّة الإيلاء:

وتثبت مدّة الإيلاء ووقت ابتدائها بلا حاجة إلى حكم من قاضٍ، وذلك لثبوت مدّة التربص بنص الآية الكريمة وللإجماع على ذلك.

جاء في «نهاية المحتاج»: «يمهل وجوباً المولي من غير مطالبة، أربعة أشهر من حين

(١٠١٦٤) «نهاية المحتاج» ج٧، ص٧٢.

(١٠١٦٥) «نهاية المحتاج» ج٧، ص٧٣.

الإيلاء؛ لأنه مولٍ (حالف) من وقتئذٍ ولو بلا قاضٍ لثبوتها بالنص والاجماع به فارقت نحو مدّة العنّة»[10166].

وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وابتداء المدّة من حين اليمين ولا يفتقر إلى ضرب مدّة لأنها ثبتت بالنّص والاجماع..»[10167]. وفي «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «والأجل أربعة أشهر للحرّ من يوم اليمين على ترك الوطء»[10168].

٨٢٣٢ ـ مذهب الجعفرية:

قال الجعفرية: «مدّة الإيلاء من حين الترافع في المشهور كالظهار. وقيل من حين الإيلاء عملاً بظاهر الآية حيث رتب التربص عليه من غير تعرض للمرافعة، وكذا الاخبار»[10169].

٨٢٣٣ ـ القول الراجح:

والراجح أن وقت ابتداء المدّة ـ مدّة التربص ـ من غير وقت وقوع الإيلاء، لأنه هو سبب وجوب إمهال الزوج مدّة التربص الواردة في الآية الكريمة، أما المرافعة فيراد بها مطالبة الزوج بالفيء أو التطليق كما سنبيّنه.

٨٢٣٤ ـ ابتداء مدّة التربص للمطلقة رجعياً:

وتبدأ مدّة التربص في إيلاء الزوج من زوجته المطلقة رجعياً من وقت صدور الإيلاء منه، جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإذا آلى منها ـ أي من المطلقة رجعياً وهي في عدّتها ـ احتسبت المدّة من حين آلى وإن كانت في العدّة، ذكره ابن حامد ـ من فقهاء الحنابلة ـ وهو قول أبي حنيفة.

قال ابن قدامة: ويجيء على قول الإمام الخرقي الحنبلي أن لا يحتسب عليه المدّة إلّا من حين راجعها، وهذا مذهب الشافعي؛ لأنها معتدة منه فأشبهت البائن؛ ولأن الطلاق إذا طرأ قطع المدّة، ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدّة قبل رجعتها، فأولى أن لا يستأنف المدّة في العدّة. ووجه القول الأول، وهو ا حتساب المدّة من وقت الإيلاء، أن من صح إيلاؤه احتسب عليه بالمدةّ من حين إيلائه كما لو لم تكن مطلقة رجعياً؛ ولأنها مباحة ـ أي تحل له ـ فاحتسب عليه

(10166) «نهاية المحتاج» ج٧، ص٧٢-٧٣.

(10167) «المغني» ج٧، ص٣١٩.

(10168) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٣٢.

(10169) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٧٨.

بالمدّة من حين إيلائه كما لو لم يطلقها[10170].

٨٢٣٥ ـ وعند الشافعية تحتسب المدّة من وقت الرجعة، أي من وقت مراجعة الزوج مطلقته رجعياً ـ لا من وقت الإيلاء، فقد جاء في «مغني المحتاج» «وابتداؤها ـ أي مدة الإيلاء ـ في رجعية ـ أي في مطلقة طلاقاً رجعياً؛ آلى منها من حين الرجعة لا من حين الإيلاء؛ لأن المدّة شرعت للمهلة في وقت يحل له الوطء، وفي العدّة لا يحل له الوطء»[10171].

٨٢٣٦ ـ أما مذهب المالكية فقد جاء في «حاشية الدسوقي» على الشرح الكبير للدردير في فقه المالكية: «إذا قال لزوجته المطلقة طلاقاً رجعياً: والله لا أرجعتك فإنه يكون مولياً ويضرب له أجل الإيلاء أربعة أشهر من يوم الحلف، فإن لم يف بعدها طلّق عليه طلقة أخرى، وهذا إذا لم تنقضِ العدّة من الطلاق الأول قبل فراغ الأجل، وإلا فلا شيء عليه»[10172].

٨٢٣٧ ـ ما يؤخر ابتداء المدّة أو يقطعها:

هنـاك موانع تمنع من إمكان الوطء، وقد تكون هذه قائمة في الزوج أو في الزوجة وقت صدور الإيلاء، أو تكـون طارئـة أثنـاء مدّة الإيلاء، فهـل تؤخر هذه الموانع (الأعذار) ابتداء سريان مدّة التربص إذا كانت قائمة وقت صدور الإيلاء، وتكون قاطعة وموقفة لسريان المدّة إذا طرأت خلال مدّة الإيلاء؟ هذا ما نبيّنه فيما يلي:

٨٢٣٨ ـ أولاً: العذر المانع من الوطء من جهة الزوج:

إذا آلى الـزوج من زوجته وكان في الزوج وقت الإيلاء عذر يمنعه من الوطء، سواء كان هذا العذر المانع من الوطء مانعاً حسياً كمرضه أو حبسه، أو كان مانعاً شرعياً كاحرامه بحج أو عمرة، فإن المدّة تحسب عليه من وقت إيلائه؛ لأن المانع من الوطء متأتي من جهته وقد وجد التمكين من جهة الزوجة، وهذا هو الذي عليها. وإن طرأ هذا العذر المانع من الوطء بعد الإيلاء في أثناء المدّة لم تنقطع المدّة ولم يقف سريانها للمعنى الذي ذكرناه وهو أن المانع من الوطء جاء من جهتـه وقـد وجد التمكين من جهة الزوجة وهذا هو الذي عليها، وبهذا قال الحنابلة والشـافعية والحنفية[10173]. وهـذا أيضاً مذهب الجعفرية فقد قالوا: «ولا تنقطع المدّة بأعذار

(10170) «المغني» ج٧، ص٣١٣.

(10171) «مغي المحتاج» ج٣، ص٣٤٩.

(10172) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٢٨.

(10173) «المغني» ج٧، ص٢٢١، «المهذب وشرحه المجموع»، ج١٦، ص٣١٧، «الهداية وفتح القدير، ج٣، ص١٩٥.

الرجل ابتداءً ولا اعتراضاً ولا تمنع من المرافعة انتهاءً»[10174].

٨٢٣٩ ـ العذر المانع من الوطء من جهة الزوجة:

أ ـ إذا كان هذا العذر حيضاً حسبت المدّة من وقت الإيلاء، وهذا الوقت هو وقت ابتداء المدّة. وإن طرأ الحيض في أثناء سريان المدّة لم يقطع المدّة؛ لأن الحيض عذر معتاد لا تنفك منه المرأة. أما إذا كان المانع من وطئها النفاس ففيه وجهان:

الأول: إنه كالحيض فلا يمنع ابتداء المدّة من وقت الإيلاء ولا يقطعها إذا طرأ خلالها؛ لأن أحكام النفاس كأحكام الحيض.

الثاني: والوجه الثاني أن النفاس كسائر الأعذار ـ غير الحيض ـ التي من جهتها؛ لأنه نادر غير معتاد فأشبه سائر الأعذار ـ غير الحيض ـ فيؤخر احتساب مدّة الإيلاء إلى حين زواله، وإذا طرأ في أثناء المدة قطعها كسائر الأعذار الأخرى. وهذا مذهب الحنابلة والشافعية والحنفية[10175].

٨٢٤٠ ـ ب ـ وأما سائر الأعذار التي من جهتها والتي من شأنها أن تمنع وطأها كصغرها ومرضها وحبسها وإحرامها بحج أو عمرة، وصيامها عن فرض، ونشوزها، وغيبتها، فإذا وجد شيء من هذه الأعـذار وقت الإيلاء لم تحسب المدّة أي لا يبتدىء حساب المدّة من وقت صدور الإيلاء، وإنما يبدأ حساب المدّة من وقت زوال العذر المانع من الوطء. وتعليل ذلك أن المدة إنما تضرب للزوج المولي ويبدأ سريانها من وقت إيلائه لامتناعه من وطئها، والمنع هاهنا من جهتها فلا يعتبر الزوج ممتنعاً من وطئها.

وإذا طرأ شيء من هذه الأعـذار في أثناء سريان المدّة انقطعت المدّة ولزم استئنافها من جديد، أي لا تبنى على ما مضى من المدّة؛ لأن الشأن في هذه المدّة أن تكون متتالية، فإذا انقطعت لزم استئنافها كصوم الشهرين المتتابعين في صيام الكفارة. فإن قيل إن من هذه الأعذار مالا صنع لها فيه فلا ينبغي أن يقطع المدّة كالحيض، فالجواب: أن المنع إذا كان لمعنى في الزوجة فلا فرق بين كونه بفعلها أو بفعل غيرها، ولا يمكن قياسه على الحيض؛ لأن هذه الأعذار غير معتادة فلا تأخذ حكمه. وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والحنفية[10176].

(١٠١٧٤) «شرائع الإسلام في فقه الجعفرية» ج٣، ص٨٧.

(١٠١٧٥) «المغني» ج٧، ص٣٢١، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣١٧. .

(١٠١٧٦) «المغني» ج٧، ص٣٢٢، «المهـذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣١٧-٣١٩، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٤٩.

المطلب الثاني

الفيئة في مدّة التربص وبعدها

٨٢٤١ ـ المقصود بالفيئة[١٠١٧٧]:

الجماع هو المقصود بالفيئـة، أي أن يطأ الزوج المولى زوجته التي آلى منها. وهذا إذا كان قادراً على الجماع ولا خلاف في هذا، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفيء هو الجماع. وأصل الفيء الرجوع فسمي الجماع من الزوج المولي فيئة؛ لأنه رجع إلى فعل ما تركه..

٨٢٤٢ ـ ما يتحقق به مقصود الفيئة:

وأدنى الوطء الذي يتحقق به مقصود الفيئة هو تغييب حشفة الزوج في فرج زوجته. وعلى هذا إذا وطأ دون الفرج لم يكن ذلك منه فيئة. وكذلك إذا وطأها في دبرها لم يكن ذلك منه فيئة؛ لأن الوطء في الدبر حرام؛ ولأنه لا يزول الضرر عن الزوجة بفعله هذا؛ لأن تضررها بترك وطئها في الفرج أي في القُبل لا في الدبر.

٨٢٤٣ ـ وقت الفيئة عند الحنفية:

وقت الفيئة عند الحنفية مدّة الإيلاء، وهي من وقت صدور الإيلاء من الزوج المولي إلى نهاية المدّة وهي أربعة أشهر، وهذه هي مدّة التربص الواردة في قوله تعالى: ﴿**للذينَ يُؤلونَ مِنْ نِسائِهم تَربُّص أربعة أشهر**﴾، فإذا فاء الزوج خلال هذه المدّة سقط إيلاؤه. وانتهى حكمه من جهة وقوع الطلاق أي أن الطلاق لا يقع؛ لأنه فاء إلى زوجته خلال مدّة الإيلاء[١٠١٧٨].

٨٢٤٤ ـ وقت الفيئة عند غير الحنفية:

وعند غير الحنفية، الفيئة التي تنهي الإيلاء، وقتها بعد مضي مدّة التربص وهي أربعة أشهر من وقت صدور الإيلاء. ولكن إذا فاء الـزوج خلال مدّة التربص فإن فيئته معتبرة ويسقط بها إيلاؤه، وفي هذا المعنى قال ابن قدامة الحنبلي: «ولا يطالب بالوطء فيها ـ أي في مدّة التربص ـ فإن وطأها فيها فقد جعلها حقها قبل محله وخرج من الإيلاء كمن عليه دين دفعه قبل الأجل.

(١٠١٧٧) «المغني» ج٧، ص٣٢٤. ، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٠، «رد المحتار على الدر المختار» ج٣، ص٣٢٤، «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٣، ص١٧٦.

(١٠١٧٨) «البدائع» ج٣، ص١٧٦.

وهكذا إن وطأها بعد المدّة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الإيلاء»[10179].

٨٢٤٥ ـ **الفيئة بغير الجماع**:

وإذا تعذر على الزوج وطأ زوجته كانت فيئته بالقول كأن يقول لزوجته: فئتُ إليكِ. ونذكر أقوال الفقهاء في الفيئة بغير الجماع أي بالقول.

٨٢٤٦ ـ **أولاً: مذهب الحنفية**[10180]:

وعندهم تصح الفيئة بالقول بثلاثة شروط هي:

أ ـ الشرط الأول: العجز عن الجماع:

العجز عن الجماع فلا تصح الفيئة بالقول مع القدرة على الجماع؛ لأن الأصل هو الفيء بالجماع، لأن الظلم بتركه والحلف عليه، فيندفع هذا الظلم عن الزوجة حقيقة بالجماع. أما الفيء بالقول فهو خلف عن الوطء ولا عبرة بالخلف مع القدرة على الأصل كالتيمم مع الوضوء.

٨٢٤٧ ـ **أنواع العجز عن الجماع**:

والعجز عن الجماع نوعان: حقيقي وحكمي. أما الحقيقي فنحو أن يكون أحد الزوجين مريضاً مرضاً يتعذر معه الجماع أو كانت المرأة صغيرة لا يجامع مثلها أو رتقاء، أو يكون الزوج مجبوباً، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدّة الإيلاء، أو تكون ناشزة مختفية في مكان لا يعرفه أو يكون محبوساً لا يقدر أن يدخلها إليه. ففي هذه الأحوال تكون فيئته بالقول.

والعجز الحكمي كأن يكون هو محرماً أو هي زوجته محرمة بإحرام حج أو عمرة وقت الإيلاء، وبينه وبين أداء الحج أو العمرة أربعة أشهر. وإنما كان عاجزاً عن الجماع حكماً؛ لأن الإحرام يمنع صاحبه شرعاً من الجماع، فكان هذا المنع الشرعي له من الجماع عجزاً في حقه.

وقد اختلف الحنفية في صحة الفيء بالقول في حالة العجز الحكمي، فقال أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد، لا يصح ولا يكون فيئه إلا بالجماع وإن كان عاصياً بفعله. وقال الإمام زفر ـ وهو رواية عن أبي يوسف ـ يصح فيئة بالقول (وجه) قول الإمام زفر أن العجز حكماً كالعجز حقيقة في أصول الشريعة كما في الخلوة يستوي فيها المانع الحقيقي والمانع الشرعي في المنع من صحة الخلوة كذا هذا.

(١٠١٧٩) «المغني» ج٧، ص٣١٩.

(١٠١٨٠) «البدائع» ج٣ب، ص١٧٣-١٧٤، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص١٨٣-١٨٤، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٣٣-٤٣٢، «الفتاوى الهندية في فقه الحنفية» ج١، ص٤٨٥-٤٨٦.

(وجه) قول أبي حنيفة وصاحبيه أنه قادر على الجماع حقيقة فيصير ظالماً بالامتناع منه، ولا يندفع الظلم عنها إلا بإيفائها حقها بالجماع، وحق العبد لا يسقط لأجل حق الله تعالى في الجملة لغنى الله عز وجل وحاجة العبد؛ ولأنه بإيلائه قد تسبب فيما يلزمه من الطلاق عند عدم الفيئة بالجماع، وبسلوكه الطريق المحظور ـ وهو الإيلاء ـ فلا يستحق التخفيف بالفيء بالقول.

وعلى هذا، لو كانت الزوجة حائضاً ووطأها وهي حائض كان ذلك فيئاً وإن كان عاصياً.

٨٢٤٨ ـ الشرط الثاني ـ دوام العجز:

والشرط الثاني دوام العجز عن الوطء إلى أن تمضي مدّة الإيلاء، حتى لو قدر على الجماع في أثناء مدّة الإيلاء بطل الفيء بالقول وانتقل إلى الفيء بالجماع حتى لو تركها ولم يجامعها في المدّة حتى مضت، وقعت الفرقة بينهما؛ لأن الفيء بالقول بدل عن الفيء بالجماع، ومن قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل كالمتيمم إذا قدر على الماء في وقت الصلاة. وكذا إذا آلى وهو صحيح ثم مرض، فإذا كان قدر مدّة صحته ما يمكن فيه الجماع ففيئته بالجماع؛ لأنه كان قادراً على الجماع في مدّة الصحة، فإذا لم يجامعها مع القدرة عليه فقد فرط في إيفاء حقها فلا يعذر بالمرض الحادث.

٨٢٤٩ ـ الشرط الثالث: قيام ملك النكاح:

والشرط الثالث قيام ملك النكاح وقت الفيء بالقول ـ أي حال قيام الزوجية فعلاً ـ أو في حال قيامها حكماً أي في عدتها من طلاق رجعي؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحلّ.

٨٢٥٠ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة[١٠١٨١]**:**

وعندهم، إذا مضت مدّة التربص وهي أربعة أشهر، وفي الزوج المولي عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق ونحو ذلك لزمه أن يفيء بلسانه فيقول: متى قدرت على الجماع جامعتها ونحو هذا. ولا يحتاج أن يقول: ندمت، لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن إيلائه وقد حصل ذلك بظهور عزمه عليه.

وقال بعض الحنابلة إن فيئة المعذور أن يقول: فئت إليك. قال ابن قدامة الحنبلي: الفيئة بالقول أن يقول: (متى قدرت جامعتها) وهذا أحسن من القول (فئتُ إليكِ) ويعلل ابن قدامة ذلك بقوله: لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الإضرار، وفيه نوع من

(١٠١٨١) «المغني» ج٧، ص٣٢٨.

الاعتذار واخبار بإزالته للضرر عند إمكانه، ولا يحصل بقوله: (فئت إليكِ) شيء من هذا.

وأما العاجز لجبّ أو شلل ففيئه أن يقول: (لو قدرت لجامعتها).

٨٢٥١ ـ هل الإحرام بالحج كالمرض عند الحنابلة؟

والاحرام بالحج كالمرض في ظاهر قول الإمام الخرقي الحنبلي، ولكن قال ابن قدامة في «المغني»: «وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق، فيتخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله؛ لأن الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكماً واجباً عليه، فعلى هذا لا يؤمر بالوطء؛ لأنه محرم عليه، ولكن يؤمر بالطلاق. (وجه) القول الأول ـ وهو أن الإحرام كالمرض ـ أن المحرم عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المرض».

٨٢٥٢ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية[١٠١٨٢]:

إذا انقضت مدّة التربص وهناك عذر يمنع الوطء لمعنى في الزوجـة كالمرض أو الحبس في موضع لا يصل إليه أو الاحرام أو الصوم الواجب أو الحيض أو النفاس لم يُطالبَ الزوج بالفيئة؛ لأن المطالبة تكون مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الأحوال. وإن كان العذر المانع من الوطء لمعنى فيه بأن كان فيه مانع طبيعي كمرض يمنع من الوطء أو يضر معه الوطء ولو بنحو بطء برء وشفاء، أو حبس بغير حق حبساً يمنع الوصول إليه، طولب أن يفيء فيئة المعذور بلسانه **بأن يقـول: (لست أقـدر على الـوطء ولو قدرت لفعلت، فإذا قدرت فعلت)**؛ لأنه بهذا القول يندفع به إيذاؤه لها بالحلف بلسانه بأن لا يطأها. وإن كان في الزوج مانع شرعي كإحرام فالمذهب أنه يطالب بطلاق؛ لأنه هو الذي يمكنه، ولا يطالب بالطلاق بخصوصه ولكن يقال له: إن فئتَ عصيتَ وأفسدتَ عبادتك وإن طلقت ذهبت زوجتك وإن لم تطلق طلقنا عليك. فإن عصى بوطء سقطت المطالبة بالفيئة وانحلت اليمين وأثمت الزوجة بتمكينه منها إن كان المانع منها كالحيض وكذا إذا كان المانع خاصاً به؛ لأنه إعانة على معصية.

٨٢٥٣ ـ رابعاً: مذهب المالكية:

إذا كان الجماع متعذراً لصغر الزوجة فلا مطالبة لها لزوجها المولي حتى تطيق الوطء. وإن كان الجماع متعذراً لرتق فيها أو مرض فلا مطالبة لها بالفيئة بالجماع حالًا، بل بمعنى الوعد به أي الوعد بالجماع إذا زال المانع[١٠١٨٣].

(١٠١٨٢) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣٣١، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٧٤ـ٧٥، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٠.

(١٠١٨٣) «الشرح الكبير» للدردير «وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٣٥.

٨٢٥٤ ـ المعارضون للفيئة بالقول:

وإذا كان جمهور العلماء يجيزون الفيئة بالقول للعاجز عن الوطء، فإن قلة من الفقهاء لم يجيزوا الفيئة بالقول حتى في حالة وجود العذر، فقد ذهب سعيد بن جبير وهو من فقهاء التابعين إلى أن الفيئة لا تكون إلا بالجماع في حال العذر وغيره. وقال الإمام أبو ثور: إذا لم يقدر المولي على الفيئة بالجماع لم يوقف للفيئة وإنما ينتظر حتى يصح، وإذا كان غائباً ينتظر حتى يصل ولا تلزمه الفيئة بلسانه أي بالقول؛ لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول. وقد رُدَّ على هذا القول أن القصد من الفيئة ترك ما قصده من الإضرار بالزوجة، وقد ترك قصد الإضرار بما أتى به من الأعذار، والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر، ولهذا نقول أن إشهاد الشفيع على طلب الشفعة في حال الغيبة يقوم مقام الطلب في حال الحضور في أثناء الشفعة[١٠١٨٤].

٨٢٥٥ ـ ما يترتب على الفيئة[١٠١٨٥]:

إذا فاء الزوج المولي، ففيؤه حنث بيمينه، فيترتب على ذلك سقوط الإيلاء. أما كفارة الحنث باليمين، فهذا يختلف باختلاف المحلوف به، فإن كان إيلاؤه أي حلفه بالله تعالى لزمته كفارة يمين كسائر الأيمان في قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن زيد وابن عباس وبه قال ابن سيرين والنخعي والثوري وقتادة ومالك وأهل المدينة وأبو عبيد والحنفية، وهو القول الأظهر في مذهب الشافعية.

وفي القول الثاني في مذهب الشافعية لا تلزمه الكفارة، وهو قول الحسن، والحجة لهذا القول قوله تعالى: **﴿فإن فاؤوا فإن الله غفورٌ رحيم﴾**. وقد رُدَّ على هذا القول بأن المولي حالف بالله حانث بيمينه فتلزمه الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها. والمغفرة في الآية الكريمة لا تنافي الكفارة فهي لما عصى به من الإيلاء فلا تنافي الكفارة المستقر وجوبها في كل حنث. ثم إن قوله تعالى: **﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفّارتُه اطعَامُ عشرةَ مساكين. . إلى قوله تعالى: ذلك كفّارة أيمانكم إذا حلفتم﴾** وهذا يشمل الزوج المولى؛ لأنه حالف كما قلنا.

٨٢٥٦ ـ حكم الإيلاء إذا كان بالشرط والجزاء:

وإن كان إيلاؤه ـ حلفه ـ بالشرط والجزاء كقوله: إن قربتكِ فعبدي حرٌّ أو فأنت طالق.

(١٠١٨٤) «المغني» ج٧، ص٣٢٧ـ٣٢٨، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣٣١.

(١٠١٨٥) «المغني» ج٧، ص٣٢٤ـ٣٢٥، «الدر المختار وردّ المحتار» ج٣، ص٤٢٣ـ٤٢٤، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٤٧٦، نهاية المحتاج، ج٧، ص٧٥.

فالحكم عند الحنث، أي إذا فاء إلى زوجته، هو وقوع الطلاق أو العتاق إذا كان الجزاء في إيلائه وقوع أحدهما. وإن كان الإيلاء بغير العتق والطلاق كما لو كان صوماً أو صلاة أو صدقة، أو حجاً أو غير ذلك من الطاعات، أو المباحات فهو مخير بين الوفاء بما علق به إيلاءه، وبين كفارة يمين؛ لأنه بحكم نذر اللجاج والغضب وهذا هو حكمه وبهذا قال الحنابلة والشافعية والحنفية[10186].

المطلب الثالث

مضي مدّة التربص بدون فيئة

٨٢٥٧ ـ ماذا يجب بمضي المدّة بدون فيئة؟

إذا مضت مدّة التربص وهي أربعة أشهر دون أن يفيء الزوج المولي إلى زوجته بالجماع أو بالقول على التفصيل الذي بيَّناه، فماذا يجب في هذه الحالة؟ قولان للفقهاء: (القول الأول) تقع طلقة واحدة و(القول الثاني) يوقف المولي ويؤمر بالفيئة أو يطلق.

٨٢٥٨ ـ القول الأول: تقع طلقة واحدة:

إذا مضت مدّة التربص وهي أربعة أشهر من وقت الإيلاء ولم تحصل فيئة من الزوج المولي خلال مدّة التربص وقعت طلقة واحدة بائنة. وهذا قول ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما وعكرمة وجابر بن زيد وعطاء والحسن ومسروق وقبيصة والنخعي والأوزاعي وابن أبي ليلي والحنفية.

وروي ذلك عن عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم. وروي عن أبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهري أن الواقع بمضي مدّة التربص بدون فيئة تطليقة رجعية واحدة[10187].

٨٢٥٩ ـ أدلة القول الأول[10188]:

أ : إن الزوج بالإيلاء، عزم عن منع نفسه من إيفاء حق زوجته في الجماع في مدة التربص

(١٠١٨٦) «المغني» ج٧، ص٣٤٥، «البدائع» ج٣، ص٣٠، «الدر المختار وردّ المحتار» ج٣، ص٧٣٨-٧٣٩، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٧٦.

(١٠١٨٧) «المغني» ج٧، ص٣١٩، «البدائع» ج٣، ص١٧٥-١٧٦.

(١٠١٨٨) «البدائع» ج٣، ص١٧٦-١٧٧، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص١٨٤-١٨٦.

وأكـد العزم باليمين، فإذا مضت المدّة ولم يفىء إليها مع القدرة على الفيء فقد حقق العزم المؤكـد باليمين بالفعـل، أي بامتناعه عن الجماع فيتأكد الظلم في حقّها فتقع البينونة بينهما بتطليقة بائنة عقوبة عليه جزاء ظلمه لها ورحمة بها، ونظراً لها بتخليصها من قيد الزوجية التي لا يرعى هذا الزوج المولي حقوقها حتى يمكنها أن تجرب حظها في زوج آخر.

ب : إن الله تعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر، فإمهال الزوج المولي بعد مضيها ليفيء أو يطلّق؟ هذا الإمهال يوجب زيادة على المدة المنصوص عليها في الآية الكريمة وهي مدة اختيار الفيء أو الطلاق، فلا تجوز الزيادة إلا بدليل ولا دليل عليها.

جـ : إن الفيء في حقيقته يعني نقض اليمين، ونقضها حرام في الأصل، قال تعالى: **﴿ولاَ تنقُضوا الأيْمَان بَعْد تَوْكِيدهَا وَقدْ جَعلتُم الله عَلَيْكُم كَفِيلاً﴾**(10184). إلاّ أنّه ثبت جواز نقضها في مدة الإيلاء فبقي نقض اليمين حراماً فيما وراء هذا الموضع فلزم القول بوقوع الفيء وجوازه في مدّة التربص فقط، لا بعدها، وإن ما يقع بعدها هو الطلاق وليس إيقاف المولي وإمهاله وقتاً حتى يفيء.

د : إن الإيلاء كان طلاقاً معجلاً في الجاهلية فجعله الشرع طلاقاً مؤجلاً والطلاق المؤجل يقع بنفس انقضاء الأجل من غير إيقاع أحد بعده كما إذا قال لها أنت طالق رأس الشهر.

هـ : الاحتجاج بالآية الكريمة ـ آية الإيلاء ـ بأن الله تعالى ذكر الفيء بعد مدة التربص. هذا الاحتجاج يجاب عليه بأن ما ذكروه لا يوجب ولا يجيز أن يكون الفيىء بعد مضيها، ألا ترى أن قولـه تعـالى: **﴿فـإذَا بَلَغْنَ أجَلَهُنَّ فَأَمْسكـوهُنَّ بِمعرُوف. .﴾**(10185)، ذكر الله تعالى الإمساك بمعروف بعد بلوغ الأجل وأنه لا يوجب الإمساك بعد مضي الأجل الذي هو العدّة، بل الذي يوجب الإمساك هو الرجعة في العدّة، وتقع البينونة بعد انقضائها كذا هنا.

و : وأما الاحتجاج بقوله تعالى: **﴿فَإنْ عَزَمُوا الطَّلاَق فإنَّ الله سَميعٌ عليم﴾**، وإن العزم عليه يكون بعد مضي مدّة التربص، وأن الطلاق يجب أن يكون مقبولاً من الزوج المولي ليكون مسموعاً، ولا يتأتى هذا بوقوع الطلاق بنفس مضي المدّة، فالجواب على هذا الاحتجاج أن يُقال: قال قوم من أهل التأويل أن المراد من قوله تعالى: **﴿فَإنّ الله سَمِيعٌ﴾**، أي سميع بإيلائه، والإيلاء مما ينطق به فيكون مسموعاً. وقوله تعالى: **﴿عَلِيم﴾** فيصرف إلى العزم، أي عليم بعزمه على الطلاق وهو تركه الفيىء.

(10184) [سورة النحل، الآية 91].

(10185) [سورة الطلاق، من الآية 2].

٨٢٦٠ ـ **الحجة لوقوع الطلقة بائنة لا رجعية**[١٠١٨٦]:

ثم إن أصحاب القول الأول اختلفوا في صفة هذه الطلقة الواقعة بمضي المدة، فمنهم من قال بأنها تطليقة بائنة، وهؤلاء هم أكثر أصحاب القول الأول، ومنهم من قال بأنها طلقة رجعية. والحجة لمن قال أنها طلقة بائنة ما يأتي:

أولاً: روي عن عثمان وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت ـ رضي الله عنهم ـ أنهم قالوا: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة.

ثانياً: إن الطلاق يقع عند مضي المدّة دفعاً للظلم فلا يندفع الظلم عنها إلا بالبائن، حيث به تتخلص من قيد الزوجية، وتستطيع بعد ذلك الزواج من شخص آخر.

ثالثاً: وقوع الطلاق الرجعي يؤدي إلى العبث لأنه يستطيع الزوج أن يرجعها بمحض إرادته ثم يولي منها مرّة ثانية فيعود ظلمه لها. وحتى إذا كان إيقاع الطلاق عليها لا يكون إلا بعد إمهاله وإبائه التطليق، فإن ذلك يؤدي أيضاً إلى العبث لأنه إذا طلّق عليه الحاكم لرفضه التطليق، فإنه يستطيع أن يراجعها فيخرج فعل الحاكم مخرج العبث وهذا لا يجوز.

٨٢٦١ ـ **القول الثاني: يؤمر بالفيئة أو يطلق**[١٠١٨٧]:

إذا مضت مدّة التربص (أربعة أشهر) ولم يفيء الزوج المولي لم تطلق زوجته بنفس مضي المدة، خلافاً لما ذهب إليه أصحاب القول، وإنما يوقف المولي ويُؤمر بالفيئة إذا رافعته زوجته إلى القاضي، فإن أبى أمره القاضي بالطلاق، وهذا مذهب الحنابلة، فقد قال الإمام أحمد: إن هذا هو قول الأكابر من أصحاب رسول الله، فقد روي عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر وعائشة، وأبي الدرداء، وقال سليمان بن يسار: كان تسعة عشر رجلاً من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الإيلاء. وقال سهيل بن أبي صالح: سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ فكلهم يقولون: ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف، فإن فاء وإلا طلّق. وبهذا قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاووس ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر.

٨٢٦٢ ـ **أدلة القول الثاني**[١٠١٨٨]:

أولاً: هو قول كثير من الصحابة وقد ذكر بعض أسمائهم.

(١٠١٨٦) «البدائع» ج٣، ص١٧٧.

(١٠١٨٧) «المغني» ج٧، ص ٣١٨-٣١٩.

(١٠١٨٨) «المغني» ج٧، ص٣١٩، «البدائع» ج٣، . ص١٧٦..

ثانياً: قول الله تعالى: ﴿**لِلَّذِينَ يؤلُون مِنْ نِسَائِهِم تَرَبُّص أربَعَة أشْهُر، فإن فاؤوا فَإنَّ الله غَفُورٌ رَحيم**﴾، فظاهر ذلك أن الفيئة تكون بعد أربعة أشهر لذكر الفيئة بعد المدّة (بالفَاء) المقتضية للتعقيب، ثم قال تعالى: ﴿**وإنْ عَزَمُوا الطَّلاَق فَإنَّ الله سَميعٌ عَليم**﴾، ولو وقع الطلاق بمضي المدّة لم يحتج إلى عزم عليه. وعلى هذا فالآية دلّت على تخيير المولي بين الفيئة والطلاق بعد مضي المدّة.

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿**فَإنَّ الله سَميعٌ عَلِيم**﴾، يقتضي أن الطلاق مسموع ولا يكون الكلام المسموع إلاّ كلاماً.

رابعاً: إن التربص (أربعة أشهر) ضرب للمولي تأجيلاً فلم تستحق الزوجة المطالبة بالفيئة فيها كسائر الآجال، فلا يقع الطلاق بمجرد مضيه.

خامساً: الإيلاء يمين يمنع من الجماع أربعة أشهر؛ لأن اللفظ يدل عليه فقط ولا يدل على الطلاق، فالقول بوقوع الطلاق بمضي المدة قول بالوقوع من غير إيقاع، وهذا لا يجوز.

٨٢٦٣ ـ دقة المسألة وقوة أدلة القولين:

لا شك أن المسألة دقيقة ولا غرابة في اختلاف الفقهاء فيها، وحجج المختلفين قوية، وقد اختلف فيها الصحابة الكرام مما يدل على دقّة المسألة وصعوبتها، ولهذا قال الإمام أبو بكر بن العربي في هذه المسألة التي ذكرنا قولي الفقهاء فيها، قال ـ رحمه الله ـ: «اختلف الصحابة والتابعون في وقوع الطلاق بمضي المدّة، هذا وهم القدوة الفصحاء الُّلسن، البُلغاء من العرب العُرْب، فإذا أشكلت عليهم فمن ذا الذي يتضح له منا بالأفهام المختلفة واللغة المعتلة؟ ثم قال ـ رحمه الله تعالى ـ وتحقيق الأمر أن تقدير الآية ـ آية الإيلاء ـ عندنا: ﴿**لِلَّذِينَ يُؤلُون مِن نِسَائهم تَرَبُّص أرْبَعة أشْهُر، فَإنْ فَاؤوا** ـ بعد انقضائها ـ **فَإنَّ الله غُفورٌ رَحيم، وإنْ عَزَمُوا الطَّلاَق فإنَّ الله سَميعٌ عَلِيم**﴾.

وتقرير الآية عند الآخرين: «للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاؤوا ـ فيها ـ فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق ـ بترك الفيئة فيها ـ فإن الله سميع عليم» وهذا احتمال متساوٍ ولأجل تساويه توقف الصحابة فيه، فوجب والحالة هذه اعتبار المسألة من غيره[١٠١٨٩].

٨٢٦٤ ـ القول الراجح:

ومهما يكن من دقة المسألة وقوّة أدلة المختلفين فيها، فهذا لا يمنع من بيان الراجح أو

(١٠١٨٩) «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي، ج١، ص١٨٠-١٨١.

الأولى من القولين. وعند التأمل في أدلة القولين يتبين لي أن الراجح من القولين هو قول الجمهور، وهو القول الثاني في هذه المسألة، فالفرقة بتطليقة واحدة بائنة لا تقع بمجرد مضي المدّة دون فيئة فيها، وإنما الذي يجب بمضيها هو إمهال الزوج ومطالبته بالفيئة أو بالطلاق. وأوجه الترجيح ما يأتي:

الوجه الأول: ما استدل به أصحاب القول الثاني، وقد ذكرنا ذلك.

الوجه الثاني: قوله تعالى: ﴿**وإنْ عَزَمُوا الطَّلَاق فَإنّ الله سَمِيع عَلِيم**﴾، والعزم هو ما عزم العازم على فعله كقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَة النِّكَاح حَتَّى يَبْلغَ الكِتَاب أجَله**﴾. ولا يكون ترك الفيئة عزماً على الطلاق؛ لأن العزم هو إرادة جازمة لفعل المعزوم عليه أو تركه. وأصحاب القول الأول يوقعون الطلاق بمجرد مضي المدّة، وإن لم يكن منه عزم لا على وطء ولا على تركه، بل لو عزم على الفيئة، ولم يجامع وقع الطلاق بمضي المدّة وإن لم يعزم عليه[10190].

الوجه الثالث: إن آية الإيلاء أثبتت للمولين شيئاً وعليهم شيئين. فالذي لهم: تربص أربعة أشهر، والذي عليهم: إما الفيئة وإما الطلاق. وعند أصحاب القول الأول: ليس على المولين إلا الفيئة فقط، وأما الطلاق فليس عليهم ولا إليهم، وإنما هو إليه سبحانه عند انقضاء المدّة، فيُحكم بطلاقها شاء أم أبى، وهذا ليس إلى المولي ولا عليه، وهو خلاف ظاهر النص[10191].

٨٢٦٥ ـ مطالبة الزوجة زوجها بالفيئة:

وعلى قول الجمهور الذي رجحناه وهو عدم وقوع الطلاق بمجرد مضي مدة التربص بلا فيئة في أثنائها، وإنما الذي يجب بعد مضيها مطالبته بالفيئة. والزوجة هي التي لها حق مطالبته بالفيئة؛ لأنها هي صاحبة الحق في الإيلاء، والإيلاء يتعلق بها، وهي المتضررة به. فإن طالبته بالفيئة عن طريق رفع قضيتها إلى القاضي، فإن القاضي يوقفه ويأمره بالفيئة، إن لم يكن له عذر، فإذا طلب الإمهال، ينظر: فإن لم يكن له عذر لم يمهل؛ لأنه حق توجه عليه لا عذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال؛ ولأن الله تعالى جعل المدّة أربعة أشهر، فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر، وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع في حكم العادة، فإنه لا يلزمه الوطء في مجلس القضاء، وليس ذلك بإمهال. وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة؛ لأن الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه المانع الذي من جهتها، ولأن المطالبة مع الاستحقاق، وهي لا تستحق الوطء في هذه الأحوال، وليس لها المطالبة بالطلاق؛ لأنه إنما

(١٠١٩٠) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص ٩٠.

(١٠١٩١) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص ٩١.

يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة، ولم يجب عليه شيء، ولكن تتأخر المطالبة إلى حين زوال العذر[10192].

٨٢٦٦ ـ الزوجة لا تطالب بالفيئة:

فإن عفت عن المطالبة بعد وجوبها، فقال بعض الحنابلة يسقط حقها وليس لها المطالبة بعد ذلك. وقال القاضي الحنبلي هذا قياس المذهب؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها في الفرقة لعدم الوطء فسقط حقها منه، كامرأة العنين إذا رضيت بعنّته. وقال ابن قدامه الحنبلي: ويحتمل أن لا يسقط حقّها ولها المطالبة متى شاءت، وهذا مذهب الشافعي؛ لأن المطالبة تثبت لرفع الضـرر بترك ما يتجدد مع الأحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت. وإن سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد سكوت فلها ذلك؛ لأن حقّها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة[10193].

٨٢٦٧ ـ إذا طولب بالفيئة فامتنع طولب بالطلاق:

إذا طولب الـزوج المـولي بالفيئـة فامتنع منها، طولب بالطلاق بأن يأمره القاضي بتطليق زوجته، فإن استجاب وطلّق، وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة أو أكثر، وليس للقاضي إجباره على إيقاع أكثر من طلقة واحدة؛ لأن المقصود يحصل بها لأنها تفضي إلى البينونة والتخلص من ضرره[10194].

٨٢٦٨ ـ إذا امتنع من الطلاق طلّق القاضي عليه:

وإذا امتنع الزوج المولي من الفيئة بعد مطالبته بها، وامتنع من تطليق زوجته بعد أن طولب بالطلاق ، طلّق القاضي عليه، أي يصدر حكمه بإيقاع الطلاق على زوجته، والحكم بالتفريق بينهما، وهذا مذهب الحنابلة وبه قال مالك. وعن الإمام أحمد رواية أخرى: ليس للقاضي أن يطلّق عليه؛ لأن ما خُيِّر الـزوج فيه بين أمرين لم يقم القاضي مقامه فيه، فعلى هذا يحبسه ويضيق عليه حتى يفيء أو يطلّق. وللشافعي قولان كالروايتين، والحجة لمذهب الحنابلة إن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه من أدائه قام القاضي مقامه فيه كقضاء الدين. قال ابن قدامة: وهذا أصح في المذهب[10195].

(١٠١٩٢) «المغني» ج٧، ص ٣٢٢ـ٣٢٣.

(١٠١٩٣) «المغني» ج٧، ص ٣٢٣.

(١٠١٩٤) «المغني» ج٧، ص ٣٣٠.

(١٠١٩٥) «المغني» ج٧، ص ٣٣١، «نهاية المحتاج» ج٧، ص ٧٥.

٨٢٦٩ - حكم القاضي بالطلاق بطلب من الزوجة:

ومن الجدير بالذكر أن القاضي لا يأمر الزوج المولي بالطلاّق ولا يطلق عليه إلاّ أن تطلب الزوجة ذلك؛ لأنه حق لها، والقاضي يستوفي لها الحق، ولا يكون الاستيفاء إلا بعد طلبها[١٠١٩٦].

٨٢٧٠ - صفة الطلاق الواقع بالإيلاء:

والطلاق الواجب على المولي إيقاعه طلاق رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلّق القاضي عليه، وهذا مذهب الحنابلة وبه قال الشافعي، وعن الإمام أحمد رواية أخرى، إن تطليق القاضي يكون بطلقة بائنة. وقال أبو ثور: طلاق المولي بائن سواء طلّق بنفسه أو طلّق عليه القاضي؛ لأنها فرقة لرفع الضرر، فيجب أن يكون بائناً كفرقة العنّة؛ ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر؛ لأنه يستطيع أن يرتجعها فيبقى الضرر. وهذا القول هو الراجح.

أما (وجه) من قال طلاق المولي أو القاضي طلاق رجعي، فهو أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض، ولا استيفاء عدد الطلقات، فكان طلاقاً رجعياً كالطلاق في غير الإيلاء، وأيضاً فإن رجعته قد تكون دليلاً على رغبته فيها واقلاعه عن الإضرار بها. ويفارق فرقة العنّة؛ لأنها فسخ لغيب، وهذه طلقة؛ ولأنه لو أبيح للعنين ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر بخلاف مسألتنا؛ لأن رجعة المولي قد تكون دليلاً على رغبته فيها كما قلنا[١٠١٩٧].

٨٢٧١ - الاختلاف في وقوع الفيئة:

ولو أمهل القاضي الزوج المولي ليفيء إلى زوجته بعد أن انقضت مدة التربص، فادعى أنّه قد فاء إليها، حيث قد جامعها فكذبته الزوجة، فإن كانت ثيباً فالقول قول الزوج بيمينه؛ لأن الأصل بقاء النكاح، والمرأة تدعي ما يلزمه به رفعه، وهو يدعي ما يوافق الأصل ويبقيه، فكان القول قوله؛ ولأن هذا الأمر خفي ولا يعلم إلاّ من جهته فيقبل فيه قوله كقبول قول المرأة في حيضها، وتلزمه اليمين؛ لأن ما تدعيه المرأة من عدم وطئها محتمل فوجب نفيه بيمين الزوج، فأما إن كانت بكراً واختلفا في الوطء، فالحكم عرضها على النساء الثقات ليرينها، فإن شهدن بثيوبتها فالقول قوله، وإن شهدن ببكارتها فالقول قولها؛ لأنه لو وطأها لزالت بكارتها، ولا يمين عليها؛ لأن شهادة النساء الثقات تشهد لها[١٠١٩٨].

(١٠١٩٦) «المغني» ج٧، ص ٣٣١، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٧٥.

(١٠١٩٧) «المغني» ج٧، ص ٣٣١، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٧٥.

(١٠١٩٨) «المغني» ج٧، ص ٣٣٤.

٨٢٧٢ ـ الاختلاف في مضي مدة التربص:

وإذا اختلف الـزوجان في مضي مدّة التربص، وهي أربعة أشهر، كان القول قول الزوج بيمينه في أن المدة لم تمضِ. وإنما كان الحكم كما ذكرنا؛ لأن الاختلاف في مضي المدّة ينبني على الخلاف في وقت يمينه (الإيلاء)؛ لأنهما لو اتفقا على وقت الإيلاء، لحسبت المدة من ذلك الوقت، فعلم هل انقضت المدة أم لا وزال الخلاف. أما إذا اختلفا في وقت الإيلاء فقال حلفت (أي آليت من زوجي) في غرّة رمضان، وقالت بل حلفت في غرّة شعبان، فالقول قوله؛ لأنه صدر الإيلاء من جهته وهو أعلم به، فكان القول قوله فيه، كما لو اختلفا في أصل الإيلاء؛ ولأن الأصل عدم الحلف في غرّة شعبان، فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل. وهل يجب مع قوله اليمين؟ قال الإمام الخرقي الحنبلي: نعم، وهو مذهب الشافعي. وقال أبو بكر من الحنابلة: لا يمين عليه. قال القاضي الحنبلي، وهذا أصح؛ لأنه اختلاف في أحكام النكاح، فلم تشرع فيه يمين، كما لو ادّعى أن فلانة هي زوجته، فأنكرته. ووجه قول الإمام الخرقي الحنبلي قول النبي ﷺ: «اليمين على المدّعى عليه»؛ ولأنه حق لآدمي يجوز بذله له فيستحلف فيه كالديون.



الفصل الخامس
الظهار

٨٢٧٣ ـ تمهيد:

الظهار ليس من فرق النكاح، ولكن يفوت به ما يفوت بالفرقة البائنة بين الزوجين ما دام حكم الظهار قائماً؛ لأن الفائت بالظهار هو حلّ الوطء إذ يحرم على الزوج المظاهر وطء زوجته ما دام حكم الظهار قائماً لم يبطل، كما يحرم على المطلّق وطء مطلقته طلاقاً بائناً. وبهذا المعنى أو قريب منه قال الكمال بن الهمام: «إذ هو ـ أي الخلع ـ تحريم بقطع النكاح، وهذا ـ أي الظهار ـ تحريم مع بقاء النكاح»(١٠١٩٩). ومن أجل ذلك رأيت من المناسب والمفيد بحث الظهار مع بحث فرق الزواج.

٨٢٧٤ ـ منهج البحث:

الكلام على الظهار يتناول بيان تعريفه وذكر النصوص الشرعية الواردة فيه، وبيان حكم فعله، ثم بيان أركانه، وما يترتب عليه وما ينتهي به. وعلى هذا نقسم هذا الفصل على مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الظهار وذكر النصوص فيه وحكم فعله.
المبحث الثاني: أركان الظهار.
المبحث الثالث: آثار الظهار (حكم الظهار).
المبحث الرابع: انتهاء حكم الظهار.

(١٠١٩٩) «فتح القدير» للكمال بن الهمام ج٣، ص٢٢٤.

المبحث الأول

الظِّهـــار

تعريفه، والنصوص فيه، وحكم فعله

٨٢٧٥ - تعريفه في اللغة:

جاء في لسان العرب لابن منظور: الظهر من كل شيء خلاف البطن، والجمع أظهر وظهور وظهران. والظهار من النساء، وظاهر الرجل امرأته، وظاهرتها مظاهرة وظهاراً إذا قال: هي عليَّ كظهر ذات رحم. وقوله عزّ وجلّ: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِم﴾، وهو أن يقول الرجل لامرأته: أنتِ عليّ كظهر أمي[١٠٢٠٠].

٨٢٧٦ - تعريفه في الاصطلاح الشرعي:

أ : جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وحقيقته الشرعية - أي الظهار - تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلالاً»[١٠٢٠١].

ب : وفي «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «الظهار تشبيه المسلم من تحل له من زوجة أو أمة أو جزءها بظهر محرم أصالة أو جزئه»[١٠٢٠٢].

جـ : وفي «غاية المنتهى» في فقه الحنابلة: «الظهار هو أن يشبه امرأته أو عضواً منها بمن تحرم عليه ولو إلى أمد أو بعضو منها»[١٠٢٠٣]. وهذا التعريف ما نرجحه لوضوحه وشموله ولبيان حقيقة الظهار.

(١٠٢٠٠) «لسان العرب» لابن منظور، ج٦، ص١٩٢، ٢٠٠.

(١٠٢٠١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٢٩.

(١٠٢٠٢) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص ٢٣٩-٤٤٠.

(١٠٢٠٣) «غاية المنتهى في المجمع بين الاقناع والمنتهى» ج٣، ص١٩٠

٨٢٧٧ ـ النصوص الشرعية الواردة في الظهار:

أولاً: من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُظَاهِرُون مِنْكُم مِنْ نَسَائِهِم، مَا هُنَّ أُمَّهاتِهِم إنْ أُمَّهَاتُهُم إلاَّ الَّلائي ولَدْنَهُم وإنَّهُمْ لَيَقُولون مُنْكراً مِنَ القَوْلِ وزُوراً، وإنَّ الله لَعَفُوٌّ غَفُورٌ. والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِن نِسَائِهِم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فتحريرُ رَقَبةٍ مِنْ قَبلِ أنْ يَتماسَّا ذَلِكُم تُوعَظُونَ بِهِ والله بِمَا تَعْمَلونَ خَبير. فَمَن لَمْ يَجِدْ فَصِيَام شَهْرَين مُتَتابعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أنْ يَتماسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِع فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسكِيناً، ذَلكَ لتؤمِنُوا باللهِ ورَسُولِهِ، وتِلْكَ حُدودُ اللهِ ولِلْكافِرينَ عَذَابٌ أليمٌ**﴾[10204].

٨٢٧٨ ـ تفسير آية الظهار:

كان العرب في الجاهلية إذا ظاهر أحدهم من امرأته قال لها: أنت عليّ كظهر أمي، وكان الظهار عندهم طلاقاً، فأرخص الله تعالى لهذه الأمة وجعل فيه كفارة ولم يجعله طلاقاً، كما كانوا يعتمدونه في جاهليتهم. وقال سعيد بين جبير: كان الإِيلاء والظهار من طلاق الجاهلية فوقّت الله الإِيلاء أربعة أشهر وجعل في الظهار الكفارة. وقوله تعالى: ﴿**مَا هُنَّ أمهاتِهم إنْ أُمهَاتُهم إلا الَّلائي ولدْنَهُم**﴾، أي لا تصير المرأة بقول الرجل أنتِ عليّ كأمي أو مثل أمي أو كظهر أمي، وما أشبه ذلك، لا تصير أمه بذلك، إنما أمّه التي ولدته، ولهذا قال تعالى: ﴿**وإنّهم ليقولون منكراً من القول وزوراً**﴾، أي كلاماً فاحشاً وباطلاً، ﴿**وإنّ الله لَعَفُوٌ غفور**﴾، أي عما كان منكم في حال الجاهلية، وعما خرج من سبق اللسان ولم يقصد إليه المتكلم كأن يقول لزوجته «يا أختي» لسبق لسان منه دون أن يقصد تحريمها عليه بهذا القول[10205].

٨٢٧٩ ـ ثانياً: النصوص من السنة النبوية:

أ : عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة: «أن أوس بن الصامت كان رجلًا به لمم، فكان إذا اشتد به لممه ظاهر من امرأته، فأنزل الله عزّ وجلّ كفارة الظهار»[10206]، ومعنى اللمم، هنا، شدّة الإِلمام بالنساء وشدّة الحرص والتوقان إليهن كما قال الخطابي[10207].

(١٠٢٠٤) [سورة المجادلة، الآيات من ٢-٤].

(١٠٢٠٥) «تفسير ابن كثير»، ج٤، ص ٣٢٠، ٣٢١.

(١٠٢٠٦) «سنن أبي داود» ج٦، ص٣٠٥، «السنن ا لكبرى» للبيهقي، ج٧، ص ٣٨٢.

(١٠٢٠٧) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٣٠٥.

ب : وأخرج ابن ماجه والبيهقي عن عروة بن الزبير قال: قالت عائشة ـ رضي الله عنها ـ: تبارك الذي وسع سمعه كل شيء، إني لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة، ويخفي عليَّ بعضه، وهي تشتكي زوجها إلى رسول الله ﷺ وهي تقول: يا رسول الله: أكل شبابي ونثرت له بطني حتى إذا كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني. اللهم إني أشكو إليك. قالت عائشة ـ رضي الله عنها ـ: , فما برحت حتى نزل جبريل بهؤلاء الآيات: ﴿**قَدْ سَمِعَ الله قَوْلَ الَّتي تُجَادِلُكَ فِي زوجها وتشتكي إلى الله، والله يسمع تحاوُركُما**. . إلى قوله تعالى: **وتِلْكَ حُدُود الله ولِلْكَافِرينَ عَذَابٌ أليمٌ**﴾[10208].

٨٢٨٠ ـ حكم الظهار من جهة فعله:

يحرم على المسلم أن يظاهر من زوجته، وهذا هو حكمه من جهة الحل والحرْمة، فلا يباح له فعله، وقد دلّ على ذلك وصف الظهار بأنه منكر من القول وزور، قال الإمام ابن حجر العسقلاني ـ رحمه الله تعالى ـ: «وقد استُدِلّ بقوله تعالى: ﴿**وإنَّهُم لَيَقُولونَ مُنكراً مِنَ القَوْل وزُوراً**﴾ على أن الظهار حرام»[10209]. وقال الإمام ابن القيم رحمه الله تعالى: «إن الظهار حرام لا يجوز الإقدام عليه؛ لأنه كما أخبر الله عنه منكر من القول وزور، فكلاهما حرام، والفرق بين جهة كونه منكراً وجهة كونه زوراً، أن قوله: أنتِ عليَّ كظهر أمي، يتضمن اخباراً عنها بذلك، وإنشاء تحريمها فهو يتضمن إخباراً وإنشاءاً، فهو خبر زور وإنشاء منكر»[10210].

(١٠٢٠٨) «سنن ابن ماجه» ج١، ص ٦٦٦، «السنن الكبرى» للبيهقي، ج٧، ص٣٨٢، والآيات في سورة التحريم من الآية ١ـ٤.

(١٠٢٠٩) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٤٣٣.

(١٠٢١٠) «زاد المعاد» ج٤، ص٨٢.

المبحث الثاني

أركان الظهـار

٨٢٨١ ـ هل للظهار ركن واحد أو أركان؟

جاء في «البدائع» للكاساني: «أما ركن الظهار فهو اللفظ الدّال على الظهار. والأصل فيه كقول الرجل لأمرأته: أنتِ عليَّ كظهر أمي»[١٠٢١١].

وجـاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وله ـ أي للظهار ـ أركان أربعة: مظاهر، ومظاهر منها، وصيغة، ومشبه به»[١٠٢١٢].

٨٢٨٢ ـ منهج البحث:

الواقع أن ما قاله الشافعية وجعلوه أركاناً للظهار، يتضمنه قول الكاساني الحنفي في أن ركن الظهار هو اللفظ الدّال على الظهار؛ لأن هذا اللفظ يكوّن الصيغة ويستلزم قائلاً له وهو المظاهر ـ أي الزوج ـ ومظاهراً منها ـ أي الزوجة ـ ومظاهراً به ـ أي المشبه به ـ ونحن نختار ما ذهب إليه الشافعية من جعل أركان الظهار الأربعة التي ذكروها تسهيلاً وتوضيحاً للبحث، وليس تحقيقاً لما قالوه. وعلى هذا نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: المظاهر «الزوج».

المطلب الثاني: المظاهر منها «الزوجة».

المطلب الثالث: المظاهر به «المشبه به».

المطلب الرابع: الصيغة «صيغة الظهار».

(١٠٢١١) «البدائع» للكاساني، ج٣، ص٢٢٩.

(١٠٢١٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص ٣٥٢.

المطلب الأول

المظاهر «الزوج»

٨٢٨٣ ـ المظاهر هو الزوج لا الزوجة:

المظاهر الذي يصدر عنه الظهار ويملك إيقاعه هو الزوج لا الزوجة، وهو ما أشارت إليه الآية الكريمة: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائِهِم﴾ فالظهار يوقعه الزوج لا الزوجة، فهو يملكه لا هي، وعلى هذا إجماع أهل العلم، فقد جاء في «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي: «قال مالك: وليس على النساء تظاهر، إنما قال الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرونَ مُنْكُم مِنْ نِسَائِهِم﴾، ولم يقل: واللَّائي يظاهرن منكن من أزواجهن، إنما الظهار على الرجال. ثم قال ابن العربي تعقيباً على ما نقله من قول مالك: «وهو صحيح معنى؛ لأن الحلّ والعقد والتحليل والتحريم في النكاح بيد الرجل، ليس بيد المرأة منه شيء. وهذا إجماع»[١٠٢١٣].

٨٢٨٤ ـ ما الحكم إذا ظاهرت الزوجة من زوجها؟

أولاً: عند الحنفية:

قلنا إن الظهار لا يصح إيقاعه إلا من الزوج، إذ ليس لزوجته حق إيقاعه، وعلى هذا إذا صدر منها كان لغواً لا يترتب عليه شيء، وبهذا صرّح الحنفية، فقد قالوا: «وظهارها منه لغو، أي إذا قالت لزوجها أنتَ عليَّ كظهر أمي. أو أنا عليك كظهر أمك، فهو لغو؛ لأن التحريم ليس إليها، فلا حرمة عليها إذا مكنته من نفسها، ولا كفارة ظهار، ولا يمين عليها وبه يفتى»[١٠٢١٤].
وما نقل عن أبي يوسف وعن الحسن بن زياد من أئمة الحنفية، خلاف هذا، فقد يكون النقل عنهما غير دقيق، وعلى كل حال فقد ردّه الإمام الجصاص، فقد جاء في كتابه «أحكام القرآن» في ظهار المرأة من زوجها: «وعن الحسن بن زياد أنها إذا قالت لزوجها أنت عليَّ كظهر أمي، أو كظهر أخي، كانت مظاهرة من زوجها. وقال أبو يوسف: هو تحريم عليها كفارة يمين كقوله أنت علي حرام. وقال الأوزاعي: هي يمين تكفرها، وقال الحسن بن صالح تعتق رقبة وتُكَفِّر بكفارة الظهار، فإن لم تفعل وكفَّرَت يميناً رجونا أن يجزيها. ثم قال الجصاص ـ رحمه الله تعالى ـ تعقيباً على هذه الأقوال: لا يجوز أن تكون عليها كفارة يمين؛ لأن الرجل لا تلزمه بذلك كفارة يمين، وهو الأصل فكيف يلزمها ذلك؟ كذلك ظهارها لا يلزمها به شيء، ولا يصح منها

(١٠٢١٣) «أحكام القران» لابن العربي ج٤، ص١٧٣٩.

(١٠٢١٤) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٦٧، وهذا أيضاً مذهب الزيدية. انظر «الروض النضير في فقه الزيدية» ج٤، ص ٤٤٦.

ظهـار بهـذا القول؛ لأن الظهار يوجب تحريمها بالقول، وهي لا تملك ذلك، كما لا تملك الطلاق إذا كان موضوعاً لتحريم يقع بالقول»[10215].

٨٢٨٥ ـ ثانياً: عند المالكية:

جاء في «حاشية الدسوقي» في فقه المالكية: «ففي المدونة إن تظاهرت امرأة من زوجها لم يلزمها شيء، لا كفارة ظهار ولا كفارة يمين. ولو جعل أمرها بيدها فقالت، أنا عليك كظهر أمي لم يلزمه ظهار؛ لأنه إنما جعل لها الفراق أو البقاء بلا عزم. . »[10216].

٨٢٨٦ ـ ثالثاً: عند الحنابلة:

عندهم ظهار المرأة من زوجها ليس بظهار ولكن تجب به عليها كفارة ظهار، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وإن قالت لزوجها أنت عليَّ كظهر أمي، أو قالت: إن تزوجت فلاناً فهو عليّ كظهر أبي، فليس بظهار للآية؛ ولأنّه قول يوجب تحريم الزوجة، يملك الزوج رفعه، فاختص به الرجل كالطلاق؛ ولأن الحـلّ في الزوجة لزوجها حق له فلا تملك ازالته كسائر حقوقه، وعليها كفارته ـ أي كفارة الظهار ـ؛ لأن عائشة بنت طلحة قالت: إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو عليَّ كظهر أبي، فاستفتت أصحاب النبي ﷺ فأفتوها أن تعتق رقبة وتتزوجه. رواه سعيد والأثرم والدارقطني؛ ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور كالآخر؛ ولأن الظهار يمين مكفرة فاستوى فيها المرأة والرجل، قاله أحمد. ولا تجب الكفارة عليها حتى يطأها مطاوعة، ويجب عليهـا تمكينه قبلها، أي قبل إخراج الكفارة؛ لأن ذلك حقها عليها ولا يسقط بيمينها كاليمين بالله»[10217].

٨٢٨٧ ـ رابعاً: قول الشافعي وغيره:

جاء في «تفسير الرازي»: «قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك ـ رحمهم الله تعالى ـ لا يصح ظهار المرأة من زوجها، وهو أن تقول المرأة لزوجها: أنتَ عليَّ كظهر أمي. وقال الأوزاعي هو يمين تكفرها. وهذا خطأ؛ لأن الرجل لا يلزمه بذاك كفارة يمين وهو الأصل، فكيف يلزم ذلك؟ ولأن الظهار يوجب تحريماً بالقول، والمرأة لا تملك ذلك بدليل أنها لا تملك الطلاق»[10218].

(١٠٢١٥) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٣، ص٤٢٤.

(١٠٢١٦) «الشرح الكبير» للدردير «وحاشية الدسوقي عليه» ج٣، ص ٤٣٩.

(١٠٢١٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص ٢٢٩.

(١٠٢١٨) «تفسير الرازي» ج٢٩، ص ٢٥٣.

٨٢٨٨ - القول الراجح في ظهار المرأة من زوجها:

و الراجح أن لا شيء على المرأة إذا ظاهرت من زوجها، فلا تجب عليها كفارة ظهار، ولا كفارة يمين للأدلة التي ذكرها الجصاص والرازي؛ ولأنهم جميعاً قالوا: ظهار المرأة من زوجها ليس بظهار، فكيف نرتب عليه ما نرتبه على ظهار الرجل إذا ظاهر من زوجته؟ وأما قول الحنابلة بأن ايجاب الكفارة على الزوجة في ظهارها من زوجها؛ لأن قولها منكر من القول وزور فيرد عليه بأن هذا الوصف أطلقه القرآن الكريم على قول الزوج المظاهر، ورتب عليه ايجاب الكفارة لتحل له زوجته بعد أن حرمها عليه ظهاره، أما المرأة فإذا كان ظهارها منه يصدق عليه أنه منكر من القول وزور، إلا أن ظهارها هذا لا يحرمها على زوجها، فافترق ظهارها منه على ظهاره منها، فافترقا في الكفارة حيث تجب على الزوج ولا تجب عليها.

٨٢٨٩ - شروط المظاهر:

وإذ بينا أن المظاهر هو الزوج فهو الذي يصح منه الظهار وتترتب عليه آثاره، فهل يصح الظهار من كل زوج، أم هناك شروط لصحة الظهار من الزوج؟ والجواب هناك شروط، ولهذه الشروط قاعدة ترجع إليها.

٨٢٩٠ - القاعدة في شروط المظاهر:

القاعدة في شروط المظاهر هي: «كل زوج صحّ طلاقه صحّ ظهاره، ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره»[10219]، وعلى أساس هذه القاعدة يشترط في الزوج المظاهر أن يكون بالغاً عاقلاً. ويجري الخلاف في ظهار السكران كالخلاف في طلاقه، وقد مرّ الكلام عنه. ويشترط أيضاً في المظاهر أن يكون مختاراً لا مكرهاً، وهو قول الجمهور خلافاً للحنفية. ولا يشترط في المظاهر الجدّ في ظهاره، فيصح ظهار الهازل، كما يصح ظهار الجادّ[10220].

أما الحرية فليست بشرط في المظاهر، فيصح ظهار العبد كما يصح ظهار الحرّ؛ لأنه يستطيع أن يكفر عن ظهاره بالصوم، وإن لم يستطع ذلك بتحرير رقبة أو بالاطعام[10221].

(١٠٢١٩) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، . ج٧، ص ٣٣٨-٣٣٩.

(١٠٢٢٠) «المغني» ج٧، ص ٣٣٨-٣٣٩، «البدائع» ج٣، ص٢٣١-٢٣٢، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٢-٣٥٣، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٨٣، «شرائع الإسلام» ج١، ص٦٣، «شرح الأزهار» ج٢، ص٤٩٠-٤٩١.

(١٠٢٢١) «المغني» ج٧، ص ٣٣٩، «البدائع» ج٣، ص٢٣٠، «المحلى» ج١٠، ص٤٨.

٨٢٩١ - هل يشترط في المظاهر أن يكون مسلماً:

أ : ذهب المالكية والحنفية والزيدية إلى هذا الشرط، فلا يصح عندهم ظهار الكافر. ومن الحجة لهم: أن حكم الظهار تحريم الزوجة على زوجها حرمة مؤقتة تزول بالكفارة، وهي تحرير رقبة يخلفه الصوم، والكافر ليس من أهل الكفارة؛ لأنها لا تصح منه، وهي الرافعة للتحريم فلا يصح منه هذا التحريم عن طريق الظهار. والدليل أنه لا تصح منه الكفارة، أنها عبادة تفتقر إلى النيّة فلا تصح منه كسائر العبادات. أما آية الظهار، فإنها تتعلق بالمسلم دون غيره؛ لأن أولها خاص بالمسلمين وهو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُون مِنْكُم﴾ فقوله تعالى «منكم» أي كناية عن المسلمين، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وإنَّ الله لَغَفُورٌ رَحِيم﴾ والكافر غير جائز المغفرة. أما قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائِهم﴾، فهذا مبني على الآية التي قبلها وهي خاصة بالمسلمين كما قلنا[10222].

ب : وذهب الحنابلة والشافعية والجعفرية إلى صحة ظهار الكافر، ومن الحجة لهم أن الكافر يصح طلاقه فيصح ظهاره. أما كفارة الظهار فإنها ثلاثة أنواع، فإذا لم يصح منه الكفارة بالصيام صح منه التكفير بالعتق أو الإطعام، فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة، كما في حق العبد. وأيضاً فإن العموم في قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائِهم﴾، يشمل المسلم والكافر، ولا يخرج هذا العموم عن عمومه، كون أن الآية التي قبلها قد ورد فيها كلمة «منكم»؛ لأن هذا احتجاج بدليل الخطاب وهو ليس حجة في إخراج الكافر من هذا العموم[10223].

المطلب الثاني

المظاهر منها «الزوجة»

٨٢٩٢ - شروط المظاهر منها:

الزوجة هي المظاهر منها فيشترط فيها أن تكون زوجة شرعاً للمظاهر، أي أنها ارتبطت به بعقد نكاح صحيح شرعاً، فإن كان ارتباطها به بعقد نكاح باطل أو فاسد، فلا تصلح في هذه الحالة أن تكون محلاً لإيقاع الظهار منها؛ لأن الظهار يفيد تحريم المرأة على زوجها المظاهر،

(١٠٢٢٢) «البدائع» ج٣، ص٢٣٠، «الشرح الصغير» للدردير، ج٣، ص٧٠٠، «شرح الأزهار» ج٦، ص ٩١-٩٢.

(١٠٢٢٣) «المغني» ج٧، ص٣٣٩، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٩٢، «شرائع الإسلام» ج٣، ص٦٣.

وهي محرمة عليه غير حلال له؛ لأن ارتباطها به بعقد باطل أو فاسد، ولا ظهار في النكاح الفاسد بحال كما قال ابن العربي المالكي؛ لأنه لا يفيد حلّها له فتبقى محرمة عليه، فلا تكون زوجة شرعية له فلا يصلح الظهار كما لا يصلح من الأجنبية.

٨٢٩٣ - ويشترط أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين من كل وجه، وعلى هذا لا يصح الظهار من المطلقة ثلاثاً، ولا من المختلعة، ولا من المطلقة طلاقاً بائناً عن غير طريق الخلع، وإن كن في العدّة؛ لأن الظهار تحريم، وقد ثبتت الحرمة لهن بالطلاق البائن أو الخلع، وتحريم المحرم محال؛ ولأن الظهار بالنسبة لهن لا يفيد إلا ما أفاده الخلع أو الإبانة وهو حرمة المرأة على زوجها فيكون الظهار عبثاً. ولكن يصح الظهار من المطلقة رجعياً في عدتها[١٠٢٢٤]؛ لأن الزوجية تعتبر قائمة بينهما حكماً ما دامت العدّة قائمة.

٨٢٩٤ - يصح الظهار من كل زوجة:

ويصح الظهار من كل زوجة كبيرة أو صغيرة، مسلمة أو ذمية، يمكن وطؤها أو لا يمكن كما لو كانت مريضة مرضاً يمنع جماعها، أو كانت رتقاء، أو قرناء. وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال الشافعي ومالك والجعفرية. وقال أبو ثور لا يصح الظهار من الزوجة التي لا يمكن وطؤها؛ لأن الظهار لتحريم وطئها، وهي لا يمكن وطؤها فيكون الظهار منها لغواً وعبثاً. ولكن رُدّ على قول أبي ثور بعموم آية الظهار؛ ولأنها زوجة يصح طلاقها فيصح الظهار منها كغيرها[١٠٢٢٥].

٨٢٩٥ - الظهار من الأجنبية:

قلنا إن من شروط المظاهر منها أن تكون زوجة للمظاهر بعقد نكاح صحيح شرعاً، وأن تكون الزوجية قائمة بينهما من كل وجه، ومعنى ذلك أن الظهار لا يصح من المرأة الأجنبية، وهذا ما ذهب إليه فريق من الفقهاء، وذهب بعضهم إلى جواز الظهار من الأجنبية، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي أن الظهار من الأجنبية يصح، سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء عليَّ كظهر أمي، وسواء أوقعه مطلقاً أو علّقه على التزويج فقال: كل امرأة أتزوجها فهي عليّ كظهر أمي، ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يقدم كفارة الظهار، وهذا مذهب الحنابلة، ويروى نحو هذا عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك وإسحاق[١٠٢٢٦]. وقال ابن قدامة الحنبلي: «ويحتمل أن لا يثبت

(١٠٢٢٤) «البدائع» ج٣، ص٢٣٢، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٣، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٧٧، «أحكام القرآن» لأبي بكر بن العربي، ج٤، ص١٧٣٨.

(١٠٢٢٥) «المغني» ج٧، ص٣٣٩، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٣، «شرائع الإسلام» ج٣، ص٦٤.

(١٠٢٢٦) «المغني» ج٧، ص٣٥٤.

حكم الظهار قبل التزويج، وهو قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي ويروى ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائِهِم﴾والأجنبية ليست من نسائه؛ ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه فلم يثبت حكمها في الأجنبية كالإيلاء، فإن الله تعالى قال: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائِهِم﴾، كما قال: ﴿لِلَّذِينَ يؤلُونَ مِنْ نِسَائهِم﴾؛ ولأنها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها؛ ولأنه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق»[10227]، والحجة لمذهب الحنابلة فيما ذهبوا إليه من وقوع الظهار من الأجنبية ما رواه الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب، أنه قال في رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي عليَّ كظهر أمي فتزوجها، فقال عمر: عليه كفارة الظهار؛ ولأنها يمين مكفَّرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى. أما الآية - آية - الظهار فإن التخصيص الوارد فيها بالزوجات بقوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائِهِم﴾، فإنه خرج مخرج الغالب، فإن الغالب أن الإنسان إنما يظاهر من زوجته، فلا يوجب تخصيص الحكم بهن. وأما الإيلاء فإنما اختص حكمه بالزوجة؛ لأنه يقصد الإضرار بها دون غيرها، والكفارة وجبت هاهنا - أي في الظهار من الأجنبية - لقول المنكر والزور ولا يختص ذلك بزوجته[10228].

٨٢٩٦ - الراجح في الظهار من الأجنبية:

والراجح عدم صحة الظهار من الأجنبية لما ذكر من حجة لهذا القول، ولضعف ما استدل به لوقوع الظهار من الأجنبية؛ ولأنه من غير المفهوم تجويز الظهار من امرأة اجنبية لم يتزوجها بعد، أو علّق الظهار منها على الزواج بها، والزواج يراد للسكن والاستقرار وتكوين العائلة وإقامة الرابطة الزوجية على الوئام والوفاق، وتحقيق مقاصد النكاح وأغراضه المشروعة، والظهار من المرأة قبل نكاحها ينافي ذلك مطلقاً، فينبغي أن يتشدد في شروط وقوعه، ومن شروطه الظاهرة التي ينبغي أن نأخذ بها شرط أن تكون المظاهر منها زوجته؛ لأن هذا هو الذي يدل عليه ظاهر آية الظهار بقوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائِهِم﴾ فالأخذ بهذا الظاهر واشتراطه لصحة وقوع الظهار هو الراجح البيّن الرجحان، وبهذا احتج ابن حزم الظاهري لعدم صحة الظهار من الأجنبية، فقال - رحمه الله تعالى -: «ومن ظاهر من أجنبية ثم ظاهر من امرأته ثم عاد لما قال، ولم يجعل تعالى ذلك على من ظاهر من غير امرأته. فإن قيل فإنه إذا تزوجها فهو ظاهر منها وهي امرأته (قلنا) إنما الظهار حين النطق به لا بعد ذلك، ومن الباطل أن لا يلزم الحكم للقول - قول الظهار- حين يقال ثم يلزم حين لا يقال»[10229].

(١٠٢٢٧) «المغني» ج٧، ص٣٥٤-٣٥٥.

(١٠٢٢٨) «المغني» ج٧، ص٣٥٥.

(١٠٢٢٩) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٥٦-٥٧.

المطلب الثالث

المظاهر به (المشبه به)

٨٢٩٧ ـ المقصود بالمظاهر به:

المظاهر به هو المشبه به أي من يشبه به الزوج زوجته، فإذا قال الزوج لزوجته: أنت عليَّ كظهر أمي، كان المظاهر به أو المشبه به هو قوله: كظهر أمي. ويقصد الزوج المظاهر بهذا التشبيه تشبيه زوجته بالمُشبَّه به بالحرمة ـ أي بتحريمها عليه ـ كما أن المشبه به محرم عليه.

٨٢٩٨ ـ شروط المظاهر به:

الشرط الأول: أن يكون من جنس النساء:

يشترط في المظاهر به أن يكون من جنس النساء، ـ أي أن يكون امرأة ـ؛ لأن الظهار إنما عرف في الشرع موجباً لآثاره، والشرع إنما ورد به فيما إذا كان المظاهر به امرأة. وعلى هذا إذا قال الزوج لزوجته: أنت عليَّ كظهر أبي أو ابني لم يصح الظهار، وهذا ما صرَّح به الحنفية[١٠٢٣٠]. وهو مذهب الشافعية، فقد جاء في «متن المنهاج وشرحه مغني المحتاج»: «ولو شبه بأجنبية. . وأب للمظاهر فلغو هذا التشبيه؛ لأن الأب أو غيره من الرجال كالابن والغلام ليس محلاً للتشبيه في الظهار[١٠٢٣١]. وهو مذهب الجعفرية، فقد جاء في «شرائع الإسلام في فقه الجعفرية»: «ولو قال ـ أي لزوجته ـ أنتِ كظهر أبي أو أخي أو عمي لم يكن شيئاً[١٠٢٣٢].

وعند الحنابلة كما جاء في «المغني» روايتان في تشبيهها بالذكر، فقد جاء فيه: «وإن شبهها بظهر أبيه أو بظهر غيره من الرجال أو قال أنتِ عليَّ كظهر البهيمة أو أنت عليَّ كالميتة والدم ففي ذلك كلّه روايتان (أحدهما) أنه ظهار. (والثانية) ليس بظهار وهو قول أكثر أهل العلم[١٠٢٣٣]. ويبدو أن الحنابلة المتأخرين أخذوا بالرواية الأولى، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وقوله لأمرأته أنت عليّ كظهر أبي، أو كظهر غيره من الرجال الأجانب أو الأقارب ونحوه، ظهار»[١٠٢٣٤].

(١٠٢٣٠) «البدائع» ج٣، ص٢٣١.

(١٠٢٣١) «منتهى المنهاج وشرحه مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٤.

(١٠٢٣٢) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٦١.

(١٠٢٣٣) «المغني» ج٧، ص٣٤١.

(١٠٢٣٤) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٢٨.

٨٢٩٩ ـ الشرط الثاني: المظاهر به محرّمة على المظاهر:

والشرط الثاني أن يكون المظاهر به، أي المُشبَّه به امرأة محرّمة على المظاهر، ولكن هل يشترط أن تكون محرّمة على المظاهر حرمة مؤبدة، أم لا؟ وإذا كان الشرط فيها الحرمة على التأبيد فما نوع المحرمة على التأبيد التي يقع بالتشبيه بها في الظهار؟ اختلاف بين الفقهاء نوجزه في الآتي[١٠٢٣٥].

٨٣٠٠ ـ أ : المحرّمة على التأبيد وأنواعها:

وإذا كانت المرأة المشبه لها محرّمة على التأبيد على المظاهر، فهي واحدة من أنواع ثلاثة:

النوع الأول: أن تكون أم المظاهر كما لو قال الزوج لزوجته: أنتِ عليّ كظهر أمي. فهذا ظهار إجماعاً، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن صريح الظهار أن يقول أنت عليّ كظهر أمي. وفي حديث امرأة أوس بن الصامت أنّه قال لها: «أنت عليَّ كظهر أمي. فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فأمره بالكفارة» فلا خلاف في وقوع الظهار إذا كان المشبه به ظهر الأم.

النوع الثاني: أن يشبه الزوج المظاهر زوجته بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته. فهذا تشبيه يقع به الظهار في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي، وهو مذهب الحنابلة، وهو جديد قولي الشافعي.

وذهب الشافعي في قوله القديم، وهو مذهب الظاهرية إلى أن الظهار لا يكون إلّا بالأم، أو بالجدّة؛ لأنها أم أيضاً؛ لأن اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالأم، فلا يصح الظهار إلا بالتشبيه بها، والجدّة أم يشملها النص أيضاً، فلا يصح الظهار بغير الأم والجدّة. وهذا أيضاً مذهب الزيدية، إلّا أنهم قصروا صحة الظهار بالظهار بالأم فقط، أي بتشبيه الزوجة بظهر الأم فقط دون الجدّة، وحجتهم أن القرآن الكريم ورد الظهار بالأم فقط دون غيرها فيجب الاقتصار على ما ورد فيه النص.

والقائلون بوقوع الظهار وصحته بتشبيه الزوجة بظهر من تحرم على المظاهر حرمة مؤبدة من ذوات رحمه كعمته وأخته، احتجوا بأنهن محرمات بالقرابة على وجه التأبيد، فاشبهن الأم، وأما

(١٠٢٣٥) «المغني» ج٧، ص ٣٤٠-٣٤١، «البدائع» ج٣، ص٢٣٤، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٤، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٣٩-٤٤٠، «المحلى» لابن حزم ج١٠، ص٥٠، «شرائع الإسلام» ج٣، ص٦١، «شرح الأزهار»، ج٤، ص٤٩١.

الآية ـ آية الظهار ـ فقد جاء فيها: ﴿وإنَّهم لَيقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ القَوْلِ وَزُوراً﴾، وهذا موجود في مسألتنا فجرى مجراه، وتعليق الحكم بالأم لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها إذا كان مثلها.

النوع الثالث: أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب، أي المحرمات عليه على التأبيد من غير جهة القرابة، كالأمهات من الرضاعة والأخوات من الرضاعة وحلائل ـ زوجات ـ الآباء والأبناء، وأمهات النساء، والربائب اللاتي دخل بامهن، فهذا تشبيه يقع به الظهار صحيحاً، والخلاف فيه كالخلاف في النوع الثاني، ووجه القولين ما تقدم ويزيد في الأمهات المرضعات دخولها في عموم الأمهات فتكون داخلة في النص وسائرهن في معناها فيثبت فيهن حكمها.

٨٣٠١ ـ ب: المحرمة حرمة مؤقتة:

أولاً: مذهب الحنابلة:

وإذا كان المظاهر به محرمة عليه حرمة مؤقتة، كأخت امرأته أو عمتها أو الأجنبية، فعن الإمام أحمد بن حنبل روايتان: (أحدهما) أنه ظهار وهو اختيار الإمام الخرقي، وقول أصحاب مالك. و(الثانية) ليس بظهار وهو مذهب الشافعي؛ لأنها غير محرمة على التأبيد، فلا يكون التشبيه بها ظهاراً كالحائض. (ووجه) الرواية الأولى أنه مشبهها بمحرمة عليه فاشبه مالو شبهها بالأم، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج، وليس في وطئها حدّ فهي بخلاف مسألتنا[١٠٢٣٦].

والذي اختاره فقهاء الحنابلة المتأخرون هو الرواية الأولى ـ أي صحة الظهار بالتشبيه بالمحرمة مؤقتاً ـ فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «أو قال أنت عليَّ كظهر أجنبية أو كظهر أخت زوجتي أو عمتها أو خالتها ونحوه، ظهار؛ لأنه شبهها بظهر من تحرم عليه أشبه ظهر الأم...»[١٠٢٣٧].

٨٣٠٢ ـ ثانياً ـ مذهب الجمهور:

أما الحنفية والشافعية والجعفرية، فلا يصح عندهم الظهار إذا كان المُشبَّه به غير محرم على التأبيد. وهو مذهب الظاهرية أيضاً؛ لأنهم قصروا الظهار الصحيح على التشبيه بالأم والجدّة، وهما محرمتان على التأبيد[١٠٢٣٨].

(١٠٢٣٦) «المغني» ج٧، ص٣٤١.

(١٠٢٣٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٢٨.

(١٠٢٣٨) «البدائع» ج٣، ص٢٣٣، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٤، «المحلى» ج١٠، ص٥٠، «شرائع =

٨٣٠٣ ـ **الشرط الثالث**: أن يكون المشبه به عضواً لا يحل له النظر إليه:

أولاً: مذهب الحنفية:

وإذا كان المظاهر به عضواً من امرأة لا تحل له أي محرمة عليه على التفصيل الذي ذكرناه، فالشرط في هذا العضو أن لا يحل للمظاهر النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ والفرج، حتى لو شبهها برأس أمه أو شبهها بوجهها أو بيدها أو رجلها لا يصير مظاهراً؛ لأن هذه الأعضاء من أمه يحل له النظر إليها، وهذا مذهب الحنفية(١٠٢٣٩).

٨٣٠٤ ـ **ثانياً: مذهب الحنابلة**:

وقال الحنابلة: «وهو ـ أي الظهار ـ أن يشبه الزوج امرأته أو يشبه عضواً منها بعضو ممن تحرم عليه على التأبيد، أو إلى أمد كقوله لأمرأته أنتِ عليَّ كظهر أمي أو كبطن أمي أو كَيَدِ أمي، أو أنت عليَّ كرأس أمي، أو يقول: يدِك أو رأسك أو جلدك أو فرجك عليَّ كظهر أمي أو كيد أختي، فكل ذلك ظهار. وإن قال: أنت أو يدك عليّ كشعر أمي أو كظفرها فليس بظهار؛ لأنها ليس من الأعضاء الثابتة»(١٠٢٤٠). وحاصل مذهب الحنابلة أن التشبيه بأي عضو ممن تحرم عليه يقع به الظهار، إلاّ إذا كان العضو لا ثبات له كالظفر والشعر.

٨٣٠٥ ـ **ثالثاً: مذهب الشافعية**:

ومذهب الشافعية، إذا كان التشبيه بعضو ممن تحرم عليه مؤبداً، ينظر: إن كان العضو لا يذكر للكرامة عادة ويحرم التلذذ به، فالظهار به يصح كما في التشبيه باليد. وإن كان ذكر العضو يحتمل للكرامة كعين الأم، فالمعوّل عليه نية المظاهر، فإن أراد به الظهار فهو ظهار، وإن أراد به الكرامة، فلا ظهار(١٠٢٤١).

٨٣٠٦ ـ **رابعاً: مذهب المالكية**:

ومذهب المالكية، يصح الظهار بأي جزء ممن تحرم عليه ولو كان هذا الجزء شعراً أو ريقاً، فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «الظهار تشبيه المسلم من تحل له بالأصالة من زوجة أو أمة أو جزأها كالشعر والريق بظهر محرم أو جزئه، كأنتِ عليّ كيد أمي أو خالتي، أو أنت عليّ

= الإسلام» ج٣، ص٦١.

(١٠٢٣٩) «البدائع» ج٣، ص٢٣٣.

(١٠٢٤٠) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٢٧.

(١٠٢٤١) «نهاية المحتاج» ج٧، ص٧٧.

كأمي أو كرأس أمي أو يدك كيد أمي»[10242].

٨٣٠٧ ـ خامساً: مذهب الجعفرية:

وعند الجعفرية لا يقع الظهار بالتشبيه بعضو ممن تحرم عليه غير الظهر، إلّا في رواية ضعيفة يقع الظهار بغير الظهر، فقد جاء في «المختصر النافع»: «ولو قال: كشعر أمي أو يدها لم يقع الظهار، وقيل يقع برواية فيها ضعف»[10243]. وفي «الروضة البهية»: «ولا اعتبار بغير لفظ الظهر من أجزاء البدن كقوله أنتِ عليَّ كبطن أمي أو يدها أو فرجها.. وقد يقع بجميع ذلك استناداً إلى رواية ضعيفة»[10244].

٨٣٠٨ ـ سادساً: مذهب الظاهرية:

ومذهب الظاهرية، لا يقع الظهار إلا بتشبيه الزوجة بظهر الأم فقد جاء في «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «ولا يجب شيء مما ذكرنا إلا بذكر ظهر الأم، ولا يجب بذكر فرج الأم، ولا بعضو غير الظهر، ولا بذكر الظهر أو غيره من غير الأم؛ لأن الله تعالى لم يذكر في الظهار إلا الظهر من الأم»[10245].

المطلب الرابع

صيغة الظهار

٨٣٠٩ ـ المقصود بصيغة الظهار:

الظهار تصرف انفرادي يقع بإرادة الزوج وحده بألفاظ خاصة يريد به تحريم زوجته عليه. والمظهر الخارجي لهذه الإرادة هي الألفاظ التي يقولها الزوج المظاهر الدالة على تلك الإرادة، وهذه الألفاظ هي المكونة لصيغة الظهار، كقول الزوج لزوجته (أنتِ عليَّ كظهر أمي) فهذه العبارة بألفاظها هي صيغة الظهار التي يقع بها هذا التصرف الانفرادي: الظهار، وما يترتب عليه من الآثار.

٨٣١٠ ـ أنواع الصيغة:

صيغة الظهار أنواع: فهي من جهة ألفاظها قد تكون باللفظ الصريح، وقد تكون بالكناية.

(١٠٢٤٢) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٣٩ـ٤٤٠.

(١٠٢٤٣) «المختصر النافع» ص٢٢٨.

(١٠٢٤٤) «الروضة البهية» ج٢، ص١٧٠.

(١٠٢٤٥) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص٥٠.

وهي من جهة تنجيزها وعدم تنجيزها قد تكون بصيغة التنجيز أو التعليق أو الاضافة إلى زمن مستقبل. كما قد تكون الصيغة مؤقتة لا مطلقة. ونتكلم فيما يلي عن هذه الأنواع بإيجاز.

٨٣١١ - الصيغة باللفظ الصريح:

اللفظ الصريح في الظهار هو اللفظ الدّال على إرادة إيقاع الظهار بحيث لا يتبادر إلى الفهم لدى السامع غير هذا المراد وهو الظهار، كما لو قال لزوجته: أنتِ عليّ كظهر أمي. والصريح لا يفتقر إلى النيّة لإيقاع الظهار به؛ لأنّه ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السماع حتى إن المظاهر لو نوى بهذا اللفظ الصريح غير الظهار، لما وقع به إلا الظهار في الحكم؛ لأنه صريح فيه، فإذا نوى به غير هذا المعنى فقد أراد صرف اللفظ الصريح في الظهار عما وضع له إلى غيره، فلا ينصرف إليه كما إذا قال لزوجته: أنت طالق ونوى به الطلاق عن الوثاق أو الطلاق عن العمل، أنه لا ينصرف إليه ويقع الطلاق لكون هذا اللفظ صريحاً في الطلاق فلا يقبل منه في أحكام القضاء خلاف هذا المعنى، فكذلك الحكم في اللفظ الصريح في الظهار[١٠٢٤٦].

٨٣١٢ - يقع الظهار باللفظ الصريح:

ولـو قال أردت بهـذا اللفظ الصـريح في الظهار، الأخبار عما مضى كذباً لا يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لأن هذا اللفظ الصريح في الظهار جعل في الشرع انشاءً للظهار فلا يصدّق أنه أراد الأخبار عن الظهار ولا يسع للمرأة أن تصدقه فيما يدعيه كما لا يسع للقاضي أن يصدقه؛ لأن ما يدعيه الزوج خلاف الظاهر[١٠٢٤٧].

٨٣١٣ - من صيغ الظهار باللفظ الصريح:

أ : إذا قال لزوجته: (أنت عليّ كظهر أمي) فهذا ظهار باللفظ الصريح ولا خلاف فيه[١٠٢٤٨].

ب : إذا قال لزوجته: (أنا منك مظاهر أو ظاهرتك) وكذا لو قال: أنتِ عليّ كبطن أمي أو كفخذ أمي أو كفرج أمي. فهذا كلّه صريح كقوله: (أنت عليّ كظهر أمي) لأنه يجري مجرى الصريح وبهذا صرّح الحنفية والشافعية والحنابلة[١٠٢٤٩].

(١٠٢٤٦) «البدائع» ج٣، ص٢٣١.

(١٠٢٤٧) «البدائع» ج٣، ص٢٣١.

(١٠٢٤٨) «المغني» ج٧، ص٣٤٠.

(١٠٢٤٩) «البدائع» ج٣، ص٢٣١، «المغني» ج٧، ص٣٤٦، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٤.

جـ : لو قال لزوجته: أنت عندي أو مني أو معي كظهر أمي، كان ذلك ظهاراً باللفظ الصريح؛ لأنها بمنزلة قوله أنت عليّ كظهر أمي، وهو صريح في الظهار. وبهذا صرّح الشافعية والحنابلة والجعفرية[10250].

د : لو قال لزوجته: جسمك أو يدك أو نفسك كبدن أمي أو جسمها. فكل ذلك صريح في الظهار عند الشافعية[10251].

هـ : لو قال الزوج: «الحلّ علي حرام» أو قال: «ما أحلّ الله عليّ حرام»، فهو مظاهر من زوجته. نصّ عليه الإمام أحمد؛ لأن لفظه يقتضي العموم فيتناول الزوجة بعمومه[10252]، ويبدو أن الحنابلة يعتبرون هذه الصيغة من صيغ الظهار باللفظ الصريح؛ لأنهم لم يشترطوا النيّة لوقوع الطلاق بهذه الصيغة.

٨٣١٤ ـ الصيغة بغير اللفظ الصريح (الكناية):

ويقع الظهار بغير اللفظ الصريح ـ أي بالكناية ـ ولكن يفتقر إلى النّية؛ لأن الكناية تحتمل الظهار وغيره، فافتقرت إلى النيّة لتعيين المعنى المقصود منها، كما هو الشأن في ألفاظ الكنايات في الطلاق. والفقهاء يختلفون في بعض صيغ الظهار بالكناية فبعضهم يلحقها بصيغ الظهار باللفظ الصريح، ولذلك لم يشترط لها النيّة، كما سنشير إلى ذلك.

٨٣١٥ ـ من صيغ الظهار بألفاظ الكناية:

أ : قول الزوج لزوجته: «أنتِ عليّ كأمي أو مثل أمي»، ونوى به الظهار، فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد، والشافعي وهو مذهب الحنابلة. وإن نوى به الكرامة والتوقير، أو نوى به أن زوجته مثل أمه في الكبر، فليس بظهار، والقول قوله في نيته. وإن أطلق القول ولم تكن له نيّة فيما قال، فقد قال أبو بكر من الحنابلة هو صريح في الظهار، وهو قول الإمام مالك ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة. وقال ابن أبي موسى من الحنابلة: في المذهب الحنبلي روايتان (أظهرهما) أنه ليس بظهار حتى ينويه، وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة؛ لأن هذا اللفظ يستعمل في التكريم والتوقير أكثر مما يستعمل في التحريم، فلا ينصرف إليه بغير النيّة. (ووجه) القول الأول وهو أنه صريح في الظهار، أنه شبّه زوجته بجملة أمه فكان مشبهاً لها بظهرها؛ لأن ظهرها من جملتها فيكون ذلك ظهاراً باللفظ

(١٠٢٥٠) «المغني» ج٧، ص٣٤٢، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٤، «الروضة البهية» ج٢، ص١٦٩.

(١٠٢٥١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٣.

(١٠٢٥٢) «المغني» ج٧، ص٣٤٤.

الصريح. ورجح ابن قدامة الحنبلي اعتبار القرينة، فإن وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرجه مخرج الحلف كأن يقول: إن فعلت كذا فأنت عليَّ مثل أمي، أو يقوله حال الغضب والخصومة فهو ظهار. وإن لم يوجد شيء من ذلك فليس ذلك بظهار[١٠٢٥٣] وهذا ما نرجحه.

٨٣١٦ ـ حكم قوله: أنت عليَّ حرام كأمي:

ب: ولو قال لزوجته: (أنت عليَّ حرام كأمي) حمل معناه حسب نيته؛ لأنه ذكر التحريم مع التشبيه، فلم يحتمل معنى الكرامة والتوقير فتعين أنه قصد التحريم، والتحريم الذي قصده يحتمل تحريم الظهار، ويحتمل تحريم الطلاق، والإيلاء فنرجع إلى نيته لنعرف مقصوده، فإن لم تكن له نيّة كان قوله ظهاراً؛ لأن حرف التشبيه يختص بالظهار فمطلق التحريم يحمل عليه. ولو قال: (أنتِ عليَّ حرام كظهر أمي)، فإن نوى الظهار أو لم تكن له نية أصلاً فهو ظهار. وإن نوى الطلاق لم يكن إلا ظهاراً في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يكون طلاقاً وهذا كلّه في مذهب الحنفية[١٠٢٥٤].

وقال الحنابلة لو قال: (أنت عليَّ حرام كظهر أمي أو كأمي) فهو صريح في الظهار، وهو أحد قولي الشافعي، والقول الثاني: إذا نوى الطلاق فهو طلاق[١٠٢٥٥].

٨٣١٧ ـ جـ: إن قال: (أنتِ طالق كظهر أمي) إذا نوى بقوله (كظهر أمي) تأكيد الطلاق لم يكن ظهاراً كما لو أطلق، أي فيقع قوله طلاقاً. وإن نوى به الظهار، وكان الطلاق بائناً فهو كالظهار من الأجنبية؛ لأنه أتى بعد بينونتها بالطلاق، وإن كان الطلاق رجعياً كان ظهاراً صحيحاً ذكره القاضي الحنبلي[١٠٢٥٦].

٨٣١٨ ـ حكم قوله: أنتِ عليَّ حرام:

د: وإن قال: (أنتِ عليَّ حرام)، ونوى الطلاق والظهار معاً كان ظهاراً ولم يكن طلاقاً؛ لأن اللفظ الواحد لا يكون طلاقاً وظهاراً، والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف إليه[١٠٢٥٧].

٨٣١٩ ـ حكم قوله: أنتِ عليَّ حرام كظهر أمي:

هـ: وإن قال: (أنتِ عليَّ حرام كظهر أمي) فإن نوى الظهار أو لا نيّة له أصلاً فهو ظهار،

(١٠٢٥٣) «المغني» ج٧، ص٣٤٢، «البدائع» ص٢٣١.

(١٠٢٥٤) «البدائع» ج٣، ص٢٣١.

(١٠٢٥٥) «المغني» ج٧، ص٣٤٤.

(١٠٢٥٦) «المغني» ج٧، ص٣٤٥.

(١٠٢٥٧) «المغني» ج٧، ص٣٤٥.

وإن نوى الطلاق لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يكون طلاقاً[10258].

٨٣٢٠ ـ حكم قوله: أنتِ عليَّ كالميتة ونحوها:

و : وإن قال: (أنتِ عليَّ كالميتة أو كالدم أو كالخمر أو كلحم الخنزير) وجب الرجوع إلى نيّته، فإن نوى الطلاق كان طلاقاً، وإن نوى التحريم أو لا نيّة له، يكون يميناً ويصير مولياً، وإن قال عنيت به الكذب، لم يكن شيئاً، ولا يصدق في نفي اليمين في القضاء، وهذا مذهب الحنفية[10259].

وعند الحنابلة لو قال لزوجته: (أنتِ عليَّ كظهر البهيمة أو أنتِ عليَّ كالميتة والدم)، ففي ذلك كلّه روايتان في مذهب الحنابلة (الأولى): منه ظهار. و(الثانية): ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء[10260]. ويبدو أنه على الرواية الأولى التي تقول إنه ظهار، يشترط النيّة فيه؛ لأنّه غير صريح في الظهار فيفتقر إلى النيّة.

٨٣٢١ ـ الصيغة المنجزة:

ويراد بصيغة الظهار المنجزة، عدم تعليق الظهار على شرط، ولا إضافته إلى زمن مستقبل ولا جعله مؤقتاً. ولا خلاف في وقوع الظهار بصيغته المنجزة بل هو الأصل في إيقاعه، وقد جاء في «مغني المحتاج» بعد أن ذكر جملة أحكام في الظهار: «واعلم أن ما سبق حكم تنجيز الظهار»[10261]، ومن أمثلة الصيغة المنجزة للظهار قول الزوج لزوجته: (أنتِ عليَّ كظهر أمي).

٨٣٢٢ ـ الصيغة المعلقة:

ويصح تعليق الظهار على شرط بصيغة التعليق كما لو قال لزوجته: (إن دخلتِ الدار فأنتِ عليّ كظهر أمي) فيقع الظهار عند تحقيق الشرط، وهو في مثالنا، دخول الزوجة الدار، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ويصح تعليقه ـ أي الظهار ـ لأنه يتعلق به التحريم كالطلاق، وكل منهما يجوز تعليقه. وتعليق الظهار كقوله: إذا جاء زيد، أو إذا طلعت الشمس فأنت عليَّ كظهر أمي، فإذا وجد الشرط صار مظاهراً لوجود المعلق عليه[10262]. وبهذا قال أيضاً الحنابلة، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ويصح تعليق الظهار بالشروط. . . وبهذا

(١٠٢٥٨) «البدائع» ج٣، ص٢٣٢.

(١٠٢٥٩) «البدائع» ج٣، ص٢٣٢.

(١٠٢٦٠) «المغني» ج٧، ص٣٤١.

(١٠٢٦١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٤.

(١٠٢٦٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٤.

قال الشافعي وأصحاب الرأي؛ لأنه يمين فجاز تعليقه على شرط كالإيلاء؛ ولأن أصل الظهار أنه كان طلاقاً، والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار؛ ولأنه قول تحرم به الزوجة فصحَّ تعليقه على شرط كالطلاق»[10263].

٨٣٢٣ ـ التعليق على مشيئة الله:

وإذا علّق الظهار على مشيئة الله تعالى لم يقع ظهاره، فقد جاء في «المغني»: «فإن قال: أنتِ عليَّ كظهر أمي إن شاء الله تعالى لم ينعقد ظهاره نصّ عليه أحمد فقال: إذا قال لامرأته عليه كظهر أمه إن شاء الله فليس عليه شيء هي يمين. وإذا قال: ما أحلّ الله عليَّ حرام إن شاء الله، وله زوجة، هي يمين ليس عليه شيء، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، وذلك لأنها يمين مكفّرة فصح الاستثناء فيها كاليمين بالله تعالى أو كتحريم ماله، وقد قال ﷺ: «من حلف على يمين فقال: إن شاء الله فلا حنث عليه» رواه الترمذي. وإن قال: أنتِ عليَّ حرام إذا شاء الله، أو إلاّ ما شاء الله، أو إلى أن شاء الله ، فكله استثناء يرفع حكم الظهار[10264].

٨٣٢٤ ـ وعند الجعفرية كما جاء في الروضة البهية: «ولا يقع ـ أي الظهار ـ إلا منجزاً غير معلق على شرط ولا صفة كقدوم زيد، وطلوع الشمس كما لا يقع الطلاق معلقاً إجماعاً. وقيل يصح تعليقه على الشرط، وهو ما يجوز وقوعه في الحال، وعدمه كدخول الدار، لا على الصفة وهي مالا يقع في الحال قطعاً، بل في المستقبل كانقضاء الشهر، وهو قوي»[10265].

٨٣٢٥ ـ صيغة توقيت الظهار:

ويصح الظهار موقتاً مثل أن يقول: أنت عليَّ كظهر أمي شهراً أو حتى ينقضي شهر رمضان، فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلّتْ المرأة على زوجها بلا كفارة، وهذا ما صرّح به الحنابلة[10266]. وهو مذهب الشافعية، فقد جاء في «نهاية المحتاج»: «ويصح توقيته كأنتِ كظهر أمي يوماً أو سنة»[10267]، وهو مذهب الحنفية، فقد جاء في «البدائع»: «وإن كان موقتاً بأن قال لها أنتِ عليَّ كظهر أمي يوماً أو شهراً صحّ التوقيت وينتهي بانتهاء الوقت بدون الكفارة عند عامة العلماء»[10268].

(١٠٢٦٣) «المغني» ج٧، ص٣٥٠.

(١٠٢٦٤) «المغني» ج٧، ص٣٥٠-٣٥١.

(١٠٢٦٥) «اللمعة الدمشقية وشرحها الروضة البهية» ج٢، ص١٧٠.

(١٠٢٦٦) «المغني» ج٧، ص٣٤٩.

(١٠٢٦٧) «نهاية المحتاج» ج٧، ص٧٩.

(١٠٢٦٨) «البدائع» ج٣، ص٢٣٥.

٨٣٢٦ ـ مذهب المالكية في توقيت الظهار:

وعند المالكية لا يصح توقيت الظهار، فإذا جاء موقتاً سقط التوقيت وتأبد الظهار، فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «وإن قيّده بوقت كأنتِ عليَّ كأمي هذا الشهر تأبد الظهار، فلا ينحل إلا بالكفارة»(١٠٢٦٩). ويستثنى من ذلك المحرم بحج أو عمرة، إذا قال لها أنتِ كظهر أمي ما دمت محرماً؛ فإنّه لا يلزمه حكم الظهار إذا ما زال إحرامه، ومثله الصائم والمعتكف(١٠٢٧٠). أي إذا ظاهر منها مدّة صيامه أو اعتكافه.

٨٣٢٧ ـ الراجح جواز توقيت الظهار:

والراجح جواز توقيت الظهار لحديث سلمة بن صخر حيث ظاهر من زوجته حتى ينسلخ شهر رمضان، ثم وطأها قبل نهاية رمضان، فأخبر النبي ﷺ بذلك فأمره ﷺ بالكفارة»(١٠٢٧١). ووجه الدلالة بهذا الحديث أن النبي ﷺ لم ينكر عليه توقيت الظهار، وفارق الطلاق حيث لا يجوز توقيته؛ لأنّه يزيل ملك النكاح ويوجب تحريماً لا ترفعه الكفارة بخلاف الظهار؛ فإنه يوجب تحريماً ترفعه الكفارة، فجاز توقيته كالإيلاء(١٠٢٧٢).

٨٣٢٨ ـ الصيغة المضافة إلى زمن مستقبل:

عند المالكية لا يصح الظهار المضاف إلى زمن مستقبل، لأنّهم قالوا: «فإن بمحقق نحو إن جاء رمضان فأنتِ عليَّ كظهر أمي تنجز من الآن ومُنِع منها ـ أي من زوجته ـ حتى يكفر»(١٠٢٧٣). ومن الواضح أن ما ضربوه مثلاً لما علّق على محقق هو نفسه يصلح مثلاً للمضاف إلى زمن مستقبل فلا يصح إذن عندهم، الظهار المضاف إلى المستقبل وإنما ينجز في الحال، وتلغى الإضافة إلى الزمن المستقبل.

٨٣٢٩ ـ علاقة تعليق الظهار بإضافته إلى المستقبل:

ومن أجاز تعليق الظهار على شرط أو أجاز توقيته، فإنه يجيز إضافته إلى زمن مستقبل؛ لأن هذه الإضافة في الحقيقة ضرب من ضروب التعليق، إذ هو تعليق على أمر محقق الوقوع، ومن

(١٠٢٦٩) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٤٠.

(١٠٢٧٠) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٤٠.

(١٠٢٧١) «جامع الترمذي» ج٤، ص٣٨٩.

(١٠٢٧٢) «المغني» ج٧، ص٣٤٩، «البدائع» ج٣، ص٢٣٥.

(١٠٢٧٣) «الشرح الصغير» للدردير في فقه المالكية، ج١، ص٤٨٤.

أجاز التعليق لم يفرق بين تعليق على أمر محقق الوقوع وبين تعليقه على أمر غير محقق الوقوع، فقول الزوج: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، وقوله: إن جاء رمضان فأنتِ عليّ كظهر أمي. فالصيغة في كلا الظهارين صيغة معلقة على شرط، والظهار الثاني مضاف إلى زمن مستقبل، وإن جاء بصيغة معلقة بشرط.

المبحث الثالث

حكم الظهار (آثار الظهار)

٨٣٣٠ ـ أولاً: حرمة الوطء قبل الكفارة:

يحرم على المظاهر أن يطأ زوجته قبل أن يخرج كفارة الظهار، وليس في هذا الحكم اختلاف بين الفقهاء إذا كانت الكفارة الواجبة على المظاهر عتقاً أو صوماً لقوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نسَائِهم ثُمَّ يعُودُونَ لِمَا قَالُوا فتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أنْ يَتماسّا، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَينِ مُتَتَابِعَينِ مِنْ قَبْلِ أنْ يَتماسّا﴾ وأكثر أهل العلم على أن الكفارة إذا كانت بالاطعام فالحكم أيضاً حرمة وطئها قبل إخراج الكفارة بالاطعام. ومن القائلين بهذا القول: عطاء والزهري والشافعي والحنفية والحنابلة.

وذهب الإمام أبو ثور إلى إباحة الوطء قبل إخراج الكفارة بالاطعام، وعن الإمام أحمد ما يقتضي ذلك؛ لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبل التكفير بالاطعام كما منعه قبل العتق والصيام[١٠٢٧٤]. ويقول أبي ثور قال الظاهرية فقد جاء في «المحلى» لابن حزم الظاهري: «ولا يحرم عليه وطؤها قبل الاطعام وشرط الله عزّ وجلّ في العتق والصيام قبل التماس ولم يشترط ذلك في الكفارة بالاطعام»[١٠٢٧٥].

٨٣٣١ ـ القول الراجح:

والراجح قول الجمهور، وهو لا يجوز أن يطأ زوجته التي ظاهر منها قبل أن يخرج كفارة الظهار، ولو كانت بالإطعام. والدليل على الترجيح ما أخرجه الإمام الترمذي عن ابن عباس أن رجلاً أتى النبي ﷺ قد ظاهر من امرأته، فوقع عليها فقال: يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفرّ ـ أي قبل أن أخرج كفارة الظهار ـ فقال ﷺ: ما حملك على ذلك

(١٠٢٧٤) «المغني» ج٧، ص٣٤٧، «البدائع» ج٣، ص٢٣٤.

(١٠٢٧٥) «المحلّى» ج١٠، ص٥٠.

يرحمـك الله؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، قال ﷺ: فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله»[10276]. وجه الدلالة بهذا الحديث الشريف قوله ﷺ: «فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله»، وما أمره الله به هو أداء الكفارة سواء كانت بالعتق أو بالصوم أو بالإطعام، فلا يجوز للمظاهر أن يطأ زوجته قبل أن يخرج كفارة الظهار، ولم يخص بقوله ﷺ نوعاً معيناً من أنواع الكفارة، فعلم أن هذا الحكم يشمل جميع أنواع الكفارة بما فيها الإطعام. وأيضاً يمكن أن يقال تأييداً لهذا الترجيح «إن ترك النصّ عليها ـ أي على الكفارة بالإطعام ـ قبل المسيس، لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها»[10277].

٨٣٣٢ ـ ثانياً: الاستمتاع بما دون الوطء[10278].

إما استمتاع الزوج المظاهر بزوجته المظاهر منها بما دون الوطء من القبلة واللمس والمباشرة فيما دون الفرج، ففيه روايتان في مذهب الحنابلة:

الرواية الأولى: يحرم ذلك على الزوج المظاهر، وهو اختيار أبي بكر من الحنابلة، وهو قول الزهري ومالك والأوزاعي والحنفية.

الرواية الثانية: لا يحرم شيء من ذلك، قال أحمد: أرجو أن لا يكون به بأس. وهو قول الثوري وإسحاق، وحكي عن مالك وهو أحد قولي الشافعي.

٨٣٣٣ ـ القول الراجح:

والراجح تحريم الاستمتاع بما دون الوطء قبل أن يخرج المظاهر الكفارة لقوله عزّ وجلّ في كفارة العتق والصيام: ﴿مِنْ قَبلِ أنْ يَتَماسَّا﴾، وأخف ما يقع عليه اسم المسّ هو اللمس باليد، إذ هو حقيقة لهما جميعاً، أي حقيقة للوطء واللمس باليد لوجود معنى المسّ باليد فيهما؛ ولأن الاستمتاع بما دون الجماع داع إلى الجماع، فإذا حرّم الجماع، حرّم الداعي إليه؛ ولأن هذه الحرمة إنما حصلت بتشبيه زوجته بأمه، فكانت حرمة الزوجة قبل انتهاء الظهار بأداء الكفارة، وحرمة الأم سواء، وتلك الحرمة ـ أي حرمة الأم ـ تمنع من الاستمتاع ـ أي بالأم ـ فكذا هذه، أي حرمة الزوجة المظاهر منها[10279].

(١٠٢٧٦) «تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي» ج٤، ص٣٨٠.

(١٠٢٧٧) «المغني» ج٧، ص٣٤٨.

(١٠٢٧٨) «المغني» ج٧، ص٣٤٨، «البدائع» ج٣، ص٢٣٤.

(١٠٢٧٩) «البدائع» ج٣، ص٢٣٤.

٨٣٣٤ ـ ما يترتب على ترجيحنا:

وإذ قد رجحنا حرمة قربان الزوج المظاهر من زوجته بالوطء أو بما دون الوطء، فلا ينبغي للزوجة أن تمكن زوجها المظاهر منها من القربان منها بالوطء، أو بما دون الوطء قبل أن يؤدي كفارة الظهار الواجبة عليه قبل المسيس[١٠٢٨٠].

٨٣٣٥ ـ حصول الوطء قبل الكفارة:

قلنا إن الوطء حرام على الظاهر قبل أن يؤدي الكفارة على التفصيل والاختلاف الذي ذكرناه. فإذا حصل الوطء قبل أداء الكفارة الواجبة على المظاهر فما الحكم؟ والجواب أن عليه كفارة واحدة، وأن عليه أن لا يقربها حتى يكفّر ويستغفر الله لما صدر منه من قربان زوجته قبل أدائه الكفارة، ويدل على ما قلناه حديث الترمذي في جامعه عن سلمة بن صخر البياضي عن النبي ﷺ في المظاهر يجامع زوجته قبل أن يخرج الكفارة، إن عليه «كفارة واحدة» قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم، وهو قول سفيان الثوري ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق[١٠٢٨١].

قال علي القاري في «المرقاة»: ومذهبنا أنه إن وطأها قبل أن يكفّر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى، ولكن لا يعود ـ أي إلى الوطء ـ حتى يكفّر، وفي الموطأ للإمام مالك: قال مالك: «ومن تظاهر من امرأته ثم مسّها قبل أن يكفّر ليس عليه إلاّ كفارة واحدة، ويكف عنها حتى يكفّر ويستغفر الله، وذلك أحسن ما سمعت»[١٠٢٨٢].

٨٣٣٦ ـ قول القرطبي في هذه المسألة:

وقال الإمام القرطبي وهو يفسر قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبل أنْ يَتماسّا﴾ فلا يجوز للمظاهر الوطء قبل التكفير، فإن جامعها قبل التكفير أثم وعصى، ولا يسقط عنه التكفير ـ أي أداء الكفارة ـ. وحكي عن مجاهد أنه إذا وطأ قبل أن يشرع في التكفير لزمته كفارة أخرى. وعن غيره أن الكفارة الواجبة بالظهار تسقط عنه، ولا يلزمه شيء أصلاً؛ لأن الله تعالى أوجب الكفارة قبل المسيس، فإذا أخرها حتى مسَّ فقد فات وقتها. والصحيح ـ كما قال القرطبي ـ ثبوت الكفارة؛ لأنه بوطئه ارتكب إثماً فلم يكن ذلك مسقطاً للكفارة[١٠٢٨٣].

(١٠٢٨٠) «البدائع» ج٣، ص٢٣٤.

(١٠٢٨١) «جامع الترمذي» ج٤، ص٣٧٩.

(١٠٢٨٢) «تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي» ج٤، ص٣٧٩-٣٨٠.

(١٠٢٨٣) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج١٧، ص٢٨٣.

٨٣٣٧ - إذا ظاهر من زوجته وطلّقها ثم تزوجها[١٠٢٨٤]:

إذا ظاهر من زوجته وطلّقها ثم تزوجها لم يحل له أن يطأها حتى يؤدي كفارة الظهار، سواء كان الطلاق ثلاثاً أو أقل منه، وسواء عادت إليه بعد زواجها من زوج آخر أو قبله، نصَّ عليه أحمد وهو قول عطاء والحسن والزهري والنخعي ومالك وأبي عبيد والحنفية. وقال قتادة: «إذا بانت الزوجة المظاهر منها سقط الظهار، فإذا عاد الزوج وتزوجها فلا كفارة عليه.

والراجح قول الجمهور لعموم قوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا**...﴾ الآية، وهذا مظاهر من زوجته فلا يمسها قبل أن يؤدي الكفارة.

٨٣٣٨ - إذا ظاهر منها ومات أحدهما[١٠٢٨٥]:

وإذا ظاهر الزوج من زوجته ومات أحدهما قبل أن يطأها وقبل أن يخرج الكفارة، فلا كفارة عليه، ويجري التوارث بينهما، فيرث الحي منهما الميت.

(١٠٢٨٤) «المغني» ج٧، ص٣٥٢، «البدائع» ج٣، ص٢٣٥.

(١٠٢٨٥) «المغني» ج٧، ص٣٥٢، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٣٠.

المبحث الرابع

انتهاء حكم الظهار

٨٣٣٩ ـ تمهيد ومنهج البحث:

ينتهي حكم الظهار إما بالكفارة، وإما بمضي المدة أو بالموت، وعلى هذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: انتهاء الظهار بغير الكفارة (بالموت أو بمضي المدة).

المطلب الثاني: انتهاء الظهار بالكفارة.

المطلب الأول

انتهاء الظهار بمضي المدّة أو بالموت

٨٣٤٠ ـ أولاً: مضي المدة:

ينتهي الظهار ويبطل حكمه بمضي مدّة الظهار إذا كان موقتاً، كما لو ظاهر منها مدّة شهر ومضى الشهر دون أن يحنث بيمينه خلال هذا الشهر بأن لم يواقعها ولم يستمتع بها بما دون الجماع، فإن الظهار يزول ويبطل حكمه بمضي مدة الظهار، وهي شهر في مثالنا، وبهذا صرّح الفقهاء القائلون بجواز توقيت الظهار، فقد جاء في «المغني»: «ويصح الظهار مؤقتاً مثل أن يقول: أنتِ عليَّ كظهر أمي شهراً أو حتى ينسلخ شهر رمضان، فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلّت المرأة لزوجها بلا كفّارة»[١٠٢٨٦].

وفي «البدائع» للكاساني: «وإن كان مؤقتاً بأن قال لها أنت عليّ كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة صحَّ التوقيت وينتهي بانتهاء الوقت بدون الكفارة عند عامة العلماء..»[١٠٢٨٧].

(١٠٢٨٦) «المغني» ج٧، ص٣٤٩.

(١٠٢٨٧) «البدائع» ج٣، ص٢٣٥.

وفي «الروض النضير» في فقه الزيدية: «ويحرم به ـ أي بالظهار ـ الوطء ومقدماته حتى يكفر أو ينقضي وقت الظهار المؤقت»[10288].

٨٣٤١ ـ ثانياً: انتهاء الظهار بالموت:

ينتهي الظهار ويبطل حكمه بموت أحد الزوجين قبل أن يطأ الزوج زوجته، وذلك لبطلان محل حكم الظهار، ولا يتصور بقاء الشيء في غير محله[10289]. ولا كفارة في هذه الحالة، فلا تجب على الزوج المظاهر إذا ماتت زوجته، كما لا تجب في ماله إذا مات هو بعد أن ظاهر منها. وهذا قول عطاء والنخعي والأوزاعي والحسن والثوري ومالك وأبي عبيد والحنفية والحنابلة. وقال طاووس ومجاهد والشعبي والزهري، عليه الكفارة بمجرد الظهار؛ لأنه سبب الكفارة وقد وجد؛ ولأن الكفارة وجبت لقول المنكر والزور وهنا يحصل بمجرد الظهار.[10290].

٨٣٤٢ ـ القول الراجح:

والراجح قول من قال بانتهاء الظهار وبطلان حكمه بموت أحد الزوجين قبل أن يحصل وطء قبل الموت لقوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائِهِم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾، فأوجب الكفارة بأمرين: الظهار والعود، والعود هو الجماع[10291].

المطلب الثاني

انتهاء الظهار بالكفارة

٨٣٤٣ ـ نص القرآن في الكفارة:

قال تعالى ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائِهِم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَماسَّا، ذٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ، واللهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ. فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَماسَّا، فَمَن لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً، ذٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللهِ وَرَسُولِهِ. وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[10292].

(١٠٢٨٨) «الروض النضير» ج٣، ص٤٩٥-٤٩٦.

(١٠٢٨٩) «البدائع» ج٣، ص٢٣٥.

(١٠٢٩٠) «المغني» ج٧، ص٣٥١، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٥٦، «البدائع» ج٣، ص٢٣٥، و«الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٨٧.

(١٠٢٩١) «المغني» ج٧، ص٣٥١-٣٥٢.

(١٠٢٩٢) [سورة المجادلة، الآيتان ٣، ٤.]

٨٣٤٤ ـ الكفارة أحد ثلاثة أشياء:

دلّت الآية الكريمة التي ذكرناها في الفقرة السابقة، على أن الظهار يرتفع موجبه وينتهي أثره بالكفارة، وهي واحد من ثلاثة أشياء هي: تحرير رقبة ـ أي اعتاق عبد أو أمة ـ أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً إذا لم يستطع المظاهر أداء الكفارة بالإعتاق أو بالصيام. وهذه الأنواع من الكفارة تجب بالترتيب المذكور في الآية الكريمة بمعنى أن الواجب في الكفارة أولاً تحرير رقبة، فإن لم يستطع المظاهر ذلك تحول إلى الصيام إن استطاعه، فإن عجز عنه ولم يستطعه تحول إلى إطعام ستين مسكيناً. وسنتكلم فيما بعد عن هذه الأنواع الثلاثة من الكفارة إن شاء الله تعالى.

٨٣٤٥ ـ هل تجب الكفارة بمجرد قول الظهار:

ولا تجب الكفارة بمجرد قول الظهار، وإنما به وبالعود، وهذا قول عطاء والنخعي والأوزاعي والحسن والثوري ومالك والحنفية والحنابلة والشافعية وغيرهم. وقال طاووس ومجاهد والشعبي والزهري وقتادة تجب الكفارة بمجرد قول الظهار؛ لأنه سبب للكفارة، فإذا وجد السبب وجبت الكفارة[١٠٢٩٣].

٨٣٤٦ ـ لا تجب الكفارة إلا بقول الظهار والعود:

والصحيح قول الجمهور، فلا تجب الكفارة إلا بمجموع شيئين هما: قول الظهار، والعود لقوله تعالى: **﴿والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائهم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أنْ يَتَماسّا﴾**. قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية: «وهذا يدل على أن كفارة الظهار لا تلزم بالقول حتى ينضم إليها العود»[١٠٢٩٤]، وقال الإمام ابن قدامة الحنبلي في هذه الآية: «فأوجب الله تعالى الكفارة بأمرين: ظهار وعَوْد، فلا تثبت بأحدهما؛ ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا يحنث بغير الحنث كسائر الأيمان، والحنث فيها هو العود»[١٠٢٩٥].

٨٣٤٧ ـ المقصود بالعود:

وإذا كانت كفارة الظهار لا تجب بمجرد قول الظهار، بل به وبالعود فما معنى العود، وما المقصود به؟ اختلف العلماء في معنى العود والمقصود منه على أقوال:

(١٠٢٩٣) «المغني» ج٧، ص٣٥٣.

(١٠٢٩٤) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج٧، ص٢٨٠.

(١٠٢٩٥) «المغني» ج٧، ص٣٥٣-٣٥٤.

٨٣٤٨ ـ **القول الأول**: قال الظاهرية: المقصود بالعود أن يكرر المظاهر قول الظهار الذي قاله أولاً؛ لأنّ العود للقول الذي قاله المظاهر لا يكون إلا بتكريره، ولا يعقل في اللغة غير هذا[١٠٢٩٦].

٨٣٤٩ ـ **القول الثاني**: وهو مذهب الشافعية: «والعود هو أن يمسكها ـ أي يمسك زوجته ـ زمـاناً يمكنه أن يطلقها فلم يفعل. والدليل على أن العود هو ما ذكرناه أن تشبيه الزوجة بالأم يقتضي أن لا يمسكها، فإذا أمسكها فقد عاد فيما قال[١٠٢٩٧].

٨٣٥٠ ـ **القول الثالث**: وهو قول الحنفية، فقد جاء في «البدائع»: «العود هو العزم على وطئها عزماً مؤكداً، فكان معنى قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ ثم يرجعون فيما قالوا، وذلك بالعزم على الوطء؛ لأن ما قاله المظاهر هو تحريم الوطء فكان العود لنقضه وفسخه استباحة الوطء»[١٠٢٩٨].

٨٣٥١ ـ **القول الرابع** : وهو قول المالكية، (والعود) عندهم يعني العزم على وطئها، فقد قالوا: «تجب الكفارة، أي يتوجه الطلب بها بالعود، وهو العزم على وطئها، وهذا تفسير لقول ابن القاسم هو إرادة الوطء. وتتقرر الكفارة عليه بالوطء»[١٠٢٩٩].

٨٣٥٢ ـ **القول الخامس**: وهو قول الزيدية والجعفرية، وعندهم العود يعني إرادة الوطء، فقد جاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «والعود الموجب للكفارة هو إرادة الوطء»[١٠٣٠٠]، وفي «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية لا تجب الكفارة بالتلفظ، وإنما تجب بالعود وهو إرادة الوطء[١٠٣٠١]».

٨٣٥٣ ـ **القول السادس** : وهو قول الحنابلة، وعندهم «العود هو الوطء، فمن وطأ لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك، إلا أنها شرط لحلّ الوطء فيؤمر بها من إراده ـ أي من أراد الوطء ـ ليستحله بها كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حلّ المرأة. وقال القاضي الحنبلي وأصحابه: العود هو العزم على الوطء . . »[١٠٣٠٢].

(١٠٢٩٦) «المحلّى» لابن حزم في فقه الظاهرية، ج١٠، ص٥٠.

(١٠٢٩٧) «المهذب» وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣٥٧.

(١٠٢٩٨) «البدائع» ج٣، ص٢٣٦.

(١٠٢٩٩) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٨٧.

(١٠٣٠٠) «شرح الأزهار في فقه الزيدية» ج٢، ص٤٩٧.

(١٠٣٠١) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٦٥.

(١٠٣٠٢) «المغني» ج٧، ص٣٥٢.

٨٣٥٤ ـ مناقشة الأقوال في معنى العود:

أولاً: قول الظاهرية أن العود في الظهار هو تكرار قول الظهار، يرد عليه: إن قول الظهار وصفه الله تعالى: بأنه منكر من القول وزور، فكيف يقال للمظاهر إذا أعدت هذا القول المحرّم والسبب المحظور وجبت عليك الكفارة؟[١٠٣٠٣].

وأيضاً فإن النبي ﷺ عندما أمر أوساً الذي ظاهر من زوجته بكفارة الظهار، لم يسأله ﷺ هل كرر الظهار أم لا، ولو كان ذلك شرطاً لوجوب الكفارة لسأله النبي ﷺ[١٠٣٠٤]

٨٣٥٥ ـ ثانياً: قول الشافعية: إن معنى العود إمساك الزوجة المظاهر منها زماناً، يمكن أن يطلقها فيه ولا يفعل. هذا القول يرد عليه ما يأتي:

أ : إمساك الزوجة لا يعرف عوداً في اللغة.

ب : الظهار لا يرفع النكاح حتى يكون العود لما قاله استبقاءً للنكاح.

جـ : إن الله تعالى قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾، وكلمة (ثم) للتراخي، فمن جعل العود عبارة عن استبقاء النكاح بإمساك الزوجة، وعدم تطليقها فقد جعله عائداً عقيب القول بلا تراخي؛ لأن الإمساك غير متراخي، وهذا خلاف النص[١٠٣٠٥].

٨٣٥٦ ـ ثالثاً: قول الحنابلة: العود هو الوطء، يرد عليه، إن العود في الآية الكريمة مقدم على الكفارة، والوطء متأخر عنه، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾، فكيف يكون العود هو الوطء؟ وقد أجاب الإمام ابن قدامة الحنبلي عن هذا الاعتراض بقوله: «وقولهم إن العود يتقدم التكفير، والوطء يتأخر عنه. (قلنا) المراد بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾ أي يريدون العود. كقوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُم إِلَى الصَّلَاةِ﴾ أي إذا أردتم ذلك»[١٠٣٠٦]، ومحصل هذا الجواب أن المراد من العود: إرادة الوطء وليس هو الوطء. ولكن هذ الجواب غير مقنع تماماً؛ لأن العود في الآية الكريمة راجع إلى ما قاله المظاهر لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ والذي قالوه هو ما دلّ على الظهار. ولكن يمكن توجيه جواب ابن قدامة ـ رحمه الله تعالى ـ بأن يقال المراد من (العود) عود المظاهر لما منعه منه ظهاره، والذي منعه منه ظهاره هو الوطء، فكان معنى عود المظاهر إرادته ما منعه منه الظهار وهو الوطء،

(١٠٣٠٣) «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي، ج٤، ص١٧٤١.

(١٠٣٠٤) «المغني» ج٧، ص٣٥٤، «البدائع» ج٣، ص٢٣٦.

(١٠٣٠٥) «البدائع» ج٣، ص٢٣٦، «المغني» ج٧، ص٣٥٤.

(١٠٣٠٦) «المغني» ج٧، ص٣٥٣.

فيكون المعنى الأخير من (العود) هو إرادة المظاهر الوطء.

٨٣٥٧ ـ القول الراجح في المقصود بـ (العود):

إنَّ المراد بـ (العود) كشرط لوجوب الكفارة في الظهار، هو «إرادة الوطء» على ما قاله ابن قدامة الحنبلي وحسب التوجيه الذي ذكرته لجوابه؛ ولأن هذا المراد هو الذي يدل عليه سياق الآية الكريمة حيث أوجبت الكفارة على المظاهر العائد قبل أن يمس. قال تعالى: ﴿**والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائهم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتماسَّا**﴾ فدلّ ذلك على أن المراد من العود هو إرادة الوطء وليس هو الوطء فعلاً، ولا تكرار قول الظهار. وأيضاً فإن حديث أوس الذي ذكرناه في ردّنا على قول الظاهرية، وفيه أن النبي ﷺ أمره بكفارة الظهار، لكونه ظاهر من زوجته، وأنه ﷺ لم يسأله كرر الظهار أم لا، ومنه يفهم أيضاً أن أوساً أراد العود إلى ما كان له قبل أن يظاهر، والذي كان له قبل الظهار حل وطء زوجته، ومعنى ذلك أنه أراد وطأها فكان هذا هو (العود) منه فأمره النبي ﷺ بالكفارة قبل أن يطأ فعلاً.

٨٣٥٨ ـ كفارة الظهار:

كفارة الظهار كما قلنا وردت في القرآن الكريم بثلاثة أنواع، وبترتيب معين يجب أن يلتزم المظاهر بهذا الترتيب، أي أن يكفر عن ظهاره بالنوع الأول من الكفارة، فإن لم يستطعه تحول إلى النوع الثاني منه، فإن لم يستطعه تحول إلى النوع الثالث، ويفيد ذكر الآية الكريمة التي أفادت هذا الترتيب، قال تعالى ﴿**والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائهم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتماسَّا، ذٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ، والله بِمَا تَعْمَلونَ خَبِيرْ. فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَين مُتَتابِعَيْن مِنْ قَبل أَنْ يَتماسَّا، فَمن لَمْ يَستَطِع فإِطْعَامُ سِتِين مِسْكيناً. . .**﴾ ونتكلم فيما يلي عن كل نوع من هذه الأنواع الثلاثة من الكفارة.

٨٣٥٩ ـ أولاً: تحرير رقبة:

والمقصود بتحرير رقبة إعتاق عبد أو أمة، فهذا هو الواجب في كفارة الظهار، وهذا بالنسبة للقادر على العتق، ولا خلاف في هذا بين أهل العلم، جاء في «المغني»: «إن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق عتق رقبة لا يجزيه غير ذلك بغير خلاف علمناه بين أهل العلم. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿**والَّذِينَ يُظَاهِرونَ مِنْ نِسَائهم ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلُ أَنْ يَتَماسَّا. . .**﴾وقول النبي ﷺ لأوس بن الصامت حين ظاهر من زوجته أن يعتق رقبة. . »[١٠٣٠٧] وعلى هذا فمن كانت عنده رقبة ـ عبد أو أمة ـ يستغني عنها، أو كان عنده ثمنها فاضلاً عن

(١٠٣٠٧) «المغني» ج٧، ص٣٥٩.

حاجاته ووجد الرقبة التي يشتريها بالثمن الذي عنده، لم يجزئه إلا الاعتاق أي اعتاق الرقبة التي عنده أو التي يشتريها بثمنها الذي عنده[10308].

٨٣٦٠ ـ شروط الرقبة المراد عتقها:

أ : شـرط الإسلام في الرقبة:

ولا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة، فالإسلام شرط في الرقبة المراد عتقها في كفارة الظهار، وهذا قول الحسن ومالك والشافعي وإسحاق وأبي عبيد، وهو ظاهر مذهب الحنابلة، وعن أحمد رواية أخرى: تجزئه في كفارة الظهار عتق رقبة ذمية (أي غير مسلمة) وهو قول عطاء والنخعي والثوري وأبي ثور والحنفية والظاهرية؛ لأن الله جلّ جلاله أطلق الرقبة في كفارة الظهار، والمطلق يجري على اطلاقه فيشمل الرقبة المسلمة والكافرة[10309]، وهذا هو ما نرجحه، لأن ظاهر القرآن يدل عليه ولو كان الإسلام شرطاً في الرقبة المراد عتقها في كفارة الظهار، لذكره الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾.

٨٣٦١ ـ السلامة من العيوب:

ويشترط في الرقبة سلامتها من العيوب المضرّة بالعمل ضرراً بيّناً؛ لأنَّ المقصود تمليك العبد منافعه، وتمكينه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً بيّناً، وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور والحنفية[10310]. وعند الظاهرية تجزئه الرقبة السالمة والمعيبة[10311].

٨٣٦٢ ـ ثانياً: صيام شهرين متتابعين:

فإذا لم يجد المظاهر رقبة لعتقها تحول إلى الصيام، فتكون كفارته صيام شهرين متتابعين كما جاء في القرآن الكريم، وعليه أجمع أهل العلم. قال ابن قدامة: «أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد رقبة أن فرضه صيام شهرين متتابعين، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا..﴾[10312].

(١٠٣٠٨) «المغني» ج٧، ص٣٥٩، «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٤٩ـ٥٠.

(١٠٣٠٩) «المغني» ج٧، ص٣٥٩، «المحلّى»، «أحكام القرآن» للجصاص، ج٣، ص٤٢٥، «أحكام القرآن» للقرطبي»، ج١٧، ص٢٨٢.

(١٠٣١٠) «المغني» ج٧، ص٣٦٠.

(١٠٣١١) «المغني» ج٧، ص٣٦٠.

(١٠٣١٢) «المحلّى» لابن حزم،

٨٣٦٣ ـ الشرط في الانتقال إلى الصوم:

والشرط في الانتقال إلى صيام شهرين متتابعين، أن لا يجد المظاهر رقبة يعتقها فاضلة عن حوائجه كخدمته مثلاً نظراً لكبره أو مرضه أو كان ممن لا يخدم نفسه في العادة، وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي متى وجد المظاهر رقبة لزمه اعتاقها، ولم يجز له الانتقال إلى الصوم سواء كان محتاجاً إليها أو لم يكن؛ ولأن الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام أن لا يجد رقبة بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ﴾ وهذا واجب فيلزمه الاعتاق، ولا يسعه الانتقال إلى الصيام[١٠٣١٣].

٨٣٦٤ ـ من وجد ثمن الرقبة هل يلزمه شراؤها:

وإن وجد ثمن الرقبة وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك يلزمه شراء الرقبة؛ لأن وجدان ثمنها كوجدانها. ولكن يرد على قول الإمام مالك بأن ما استغرقته حاجة الإنسان، فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل، كمن وجد ماءً يحتاج إليه لشربه لعطشه يجوز له الانتقال إلى التيمم ولو كان واجداً للماء لحاجته إليه[١٠٣١٤].

٨٣٦٥ ـ من وجد ثمن الرقبة ولم يجدها:

وإن وجد ثمن الرقبة ولم يجد رقبة يشتريها فله الانتقال إلى الصيام كما لو وجد ثمن الماء ليتوضأ به، ولم يجد الماء ليشتريه فإنه ينتقل إلى التيمم[١٠٣١٥].

٨٣٦٦ ـ وجوب التتابع في صيام الشهرين:

وأجمع أهل العلم على وجوب التتابع في صيام الشهرين في كفارة الظهار. وأجمعوا أيضاً على أن من صام بعض الشهر، ثم قطعه لغير عذر، وأفطر أن عليه استئناف الشهرين، وإنما كان الأمر كذلك لورود لفظ الكتاب والسنة بصيام الشهرين بشرط التتابع، ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامهما فلا يفطر فيها ولا يصوم عن غير الكفارة[١٠٣١٦]، وإن أفطر لعذر مشروع كالمرض المخوف لم ينقطع التتابع، أما السفر إذا كان يبيح الفطر فإنه يقطع التتابع في قول

(١٠٣١٣) «المغني» ج٧، ص٣٦٣.

(١٠٣١٤) «المغني» ج٧، ص٣٦٣، «أحكام القرآن» للجصاص، ج٣، ص٤٢٥.

(١٠٣١٥) «المغني» ج٧، ص٣٦٤.

(١٠٣١٦) «المغني» ج٧، ص٣٦٥.

الإمام مالك والحنفية. وكلام الإمام أحمد يحتمل الوجهين: انقطاع التتابع وعدم انقطاعه، وقال ابن قدامة الحنبلي، وأظهرهما أنه لا يقطع التتابع[10317].

٨٣٦٧ ـ حكم الجماع في ليالي الصوم:

وإذا جامع زوجته في ليالي الصوم أفسد ما مضى من صيامه، ولزمه استئناف صيام الشهرين، وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال مالك والثوري وأبو عبيد وأبو حنيفة وصاحبه محمد؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَصِيامُ شَهرين مُتَتابعين مِنْ قَبْل أنْ يَتَماسّا﴾، فأمر بصيام شهرين متتابعين خاليين عن وطء، ولم يأت بهما على وفق المأمور، فلم يجزئه صيامه، ووجب استئناف الصيام كما لو وطأ نهاراً؛ ولأن تحريم الوطء بالظهار لا يختص بالنهار، فاستوى فيه الليل والنهار كالاعتكاف. وروى الأثرم عن أحمد أن التتابع لا ينقطع بهذا، ويبنى على ما مضى، وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر. وإن وطأها في نهار الشهرين عامداً، أفطر وانقطع التتابع إجماعاً إذا كان غير معذور، وكذا إذا جامع نهاراً ناسياً في إحدى الروايتين عن أحمد وهو قول أبي حنيفة ومحمد[10318].

٨٣٦٨ ـ ثالثاً: اطعام ستين مسكيناً:

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد رقبة ليعتقها ولم يستطع صيام شهرين متتابعين أن كفارة الظهار بحقه إطعام ستين مسكيناً على ما أمر الله تعالى في كتابه وعلى ما جاء في سنّة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤ برئه أو الزيادة فيه، أو كان فيه شبق لا يصبر فيه عن الجماع. ولا يجوز أن ينتقل إلى الاطعام لأجل السفر؛ لأن السفر لا يعجزه عن الصيام وله نهاية ينتهي إليها وهو من أفعاله الاختيارية[10319].

٨٣٦٩ ـ المقصود باطعام ستين مسكيناً:

والواجب في الإطعام إطعام ستين مسكيناً لا يجزئه أقل من ذلك، وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال الشافعي والظاهرية، وقال أبو حنيفة لو أطعم مسكيناً واحداً في ستين يوماً، أجزأه؛ لأن المقصود سدّ حاجة المحتاج، والحاجة تتجدد في كل يوم، فالدفع إليه في اليوم التالي كالدفع إلى غيره[10320]. ولكن يرد على قول أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ بما قاله ابن قدامة الحنبلي،

(١٠٣١٧) «المغني» ج٧، ص٣٦٥.

(١٠٣١٨) «المغني» ج٧، ص٣٦٧ـ٣٦٨، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٣٩.

(١٠٣١٩) «المغني» ج٧، ص٣٦٨.

(١٠٣٢٠) «الهداية في فقه الحنفية» ج٣، ص٢٤٣، «المغني» ج٧، ص٣٦٩، ٤، «المحلّى» ج١٠، ص٥٠.

بأن الله تعالى قال: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِينَ مِسكِيناً﴾ وهذا لم يطعم إلا مسكيناً واحداً، فلم يمتثل الأمر؛ لأن الله تعالى أمر بعدد المساكين لا بعدد الأيام[10321].

٨٣٧٠ ـ مقدار الواجب في الاطعام:

ومقدار الواجب في الإطعام لكل مسكين نصف صاع من بُرّ أو صاع من تمر أو شعير، وهذا مذهب الحنفية[10322]، وعند الحنابلة لكل مسكين مدّ من برّ أو نصف صاع من تمر أو شعير. وقال الشافعي لكل مسكين مدّ من أي الأنواع كان. وقال مالك لكل مسكين مدّان من جميع الأنواع[10323].

وعند الظاهرية إشباع ستين مسكيناً دون تعيين طعام، فقد جاء في «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «ولا يجزىء التكرار على أقل من ستين مسكيناً؛ لأنهم ليسوا ستين مسكيناً، ولا خلاف في الإشباع، ولم يشترط تعالى طعاماً دون طعام»[10324].

٨٣٧١ ـ كيفية الاطعام :

أما كيفية الاطعام، فظاهر مذهب أحمد بن حنبل أن الواجب تمليك كل مسكين القدر الواجب له من الكفارة، حتى لو أنه غدّى المساكين أو عشّاهم لم يجزئه سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر، وهذا مذهب الشافعي أيضاً. وعن أحمد رواية أخرى، أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم، وهو قول النخعي[10325]. وعند الحنفية يجوز اعطاء كل مسكين القدر الواجب له من الكفارة أو قيمته، فإن غداهم وعشاهم جاز، قليلاً كان ما أكلوا أو كثيراً؛ لأن المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مأدوم (أي ليس معه شيء) إن كان خبز بُرّ في سائر الكفارات مثل كفارة الظهار، وسواء كانت الأكلتان غداءً وعشاءً أو غدائين أو عشائين[10326]، ومذهب الحنفية أرفق وأيسر في إخراج الكفارة بالاطعام.

(١٠٣٢١) «المغني» ج٧، ص٣٦٩.

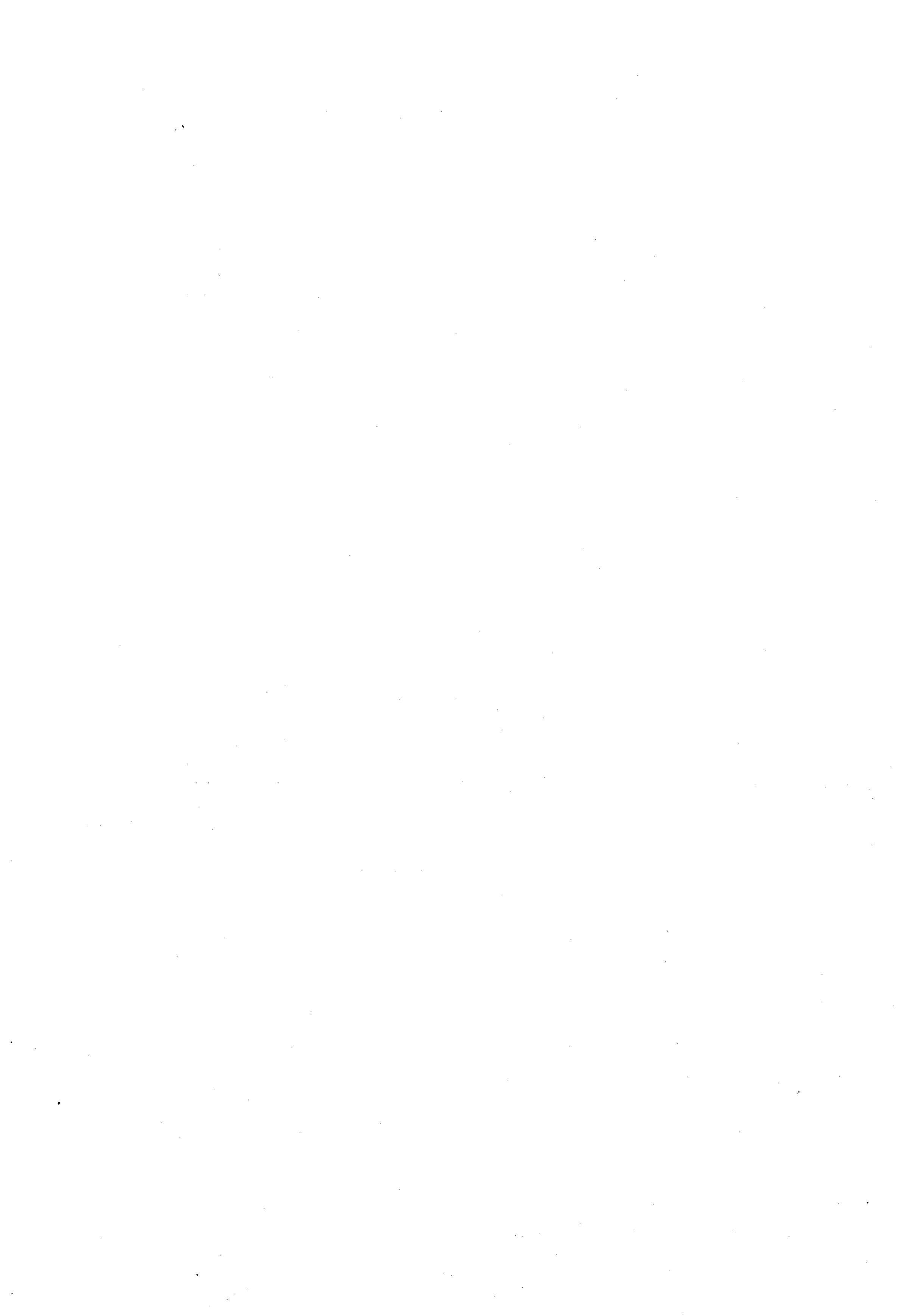
(١٠٣٢٢) «الهداية» ج٣، ص٢٤٣، «المغني» ج٧، ص٣٦٩.

(١٠٣٢٣) «المغني» ج٧، ص٣٦٩-٣٧٠.

(١٠٣٢٤) «المحلّى» لابن حزم، ج١٠، ص٥٠.

(١٠٣٢٥) «المغني» ج٧، ص٣٧٢١-٣٧٢.

(١٠٣٢٦) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٤٢.



الفصل السادس
اللعان

٨٣٧٢ - تمهيد ومنهج البحث:

اللعان من سبل وقوع الفرقة بين الزوجين، فلا بدّ من تعريفه وبيان ماهيته ودلائل مشروعيته كطريق من طرق وقوع الفرقة، كما لا بد من بيان حكم فعله، أو حكم طلب إجرائه، والحكمة من تشريعه، وبيان شروطه التي يجب فيها اللعان أو يجوز ويصح ثم بيان كيفية إجرائه، وأخيراً بيان آثار اللعان المترتبة عليه.

وبناء على ما تقدم نقسم هذا الفصل إلى مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريفه ومشروعيته وحكمه وحكمته.

المبحث الثاني: شروط اللعان.

المبحث الثالث: إجراء اللعان.

المبحث الرابع: آثار اللعان.

المبحث الأول

تعريف اللعان، وبيان مشروعيته وحكمه وحكمته

٨٣٧٣ ـ تعريفه في اللغة[١٠٣٢٧]:

اللعن: الابعاد والطرد من الخير، واللعنة: الاسم، والجمع لعان ولعنات، ولعنه يلعنه، أي طرده وأبعده. واللعان والملاعنة: اللعن بين اثنين فصاعداً. وتلاعن القوم: لعن بعضهم بعضاً. ولاعن القاضي بينهما لعاناً. والملاعنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل، أنه زنى بها فالحاكم يلاعن بينهما. وجائز أن يقال للزوجين إذا فعلا ذلك: قد تلاعنا، ولاعنا، والتعنا. وجائز أن يقال للزوج قد التعن، ولم تلتعن الزوجة، وقد التعنت هي ولم يلتعن الزوج.

٨٣٧٤ ـ تعريفه في الاصطلاح الشرعي:

أولاً: قال الحنفية في تعريفه: «اللعان شرعاً شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة وشهادته ـ أي شهادة الزوج ـ باللعن، وشهادتها ـ أي شهادة الزوجة ـ بالغضب، قائمة شهادته مقام حدّ القذف في حقه، وشهادتها مقام حدّ الزنى في حقّها»[١٠٣٢٨].

وفي «فتح القدير» في فقه الحنفية: «اللعان اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة»[١٠٣٢٩].

ثانياً: وعند الشافعية «اللعان شرعاً كلمات جعلت حجة للمضطر لقذف من لطخ فراشه وألحق به العار أو لنفي ولد عنه»[١٠٣٣٠].

ثالثاً: وعند المالكية: «اللعان حلف زوج مسلم مكلّف على زنى زوجته أو نفي حملها منه،

(١٠٣٢٧) «لسان العرب» لابن منظور، ج١٧، ص٢٧٣-٢٧٤.

(١٠٣٢٨) «الدّر المختار» ج٣، ص٤٨٢.

(١٠٣٢٩) «فتح القدير» ج٣، ص٢٤٧.

(١٠٣٣٠) «نهاية المحتاج» ج٧، ص٩٧.

وحلفها ـ أي الزوجة ـ على تكذيبه، أربعاً من كل منهما بصيغة أشهد بالله بحكم حاكم يشهد القضية»[10331].

رابعاً: وعند الحنابلة: «اللعان شرعاً شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين ـ أي الزوجين ـ مقرونة بلعن من زوج وغضب من زوجة قائمة مقام حدّ قذف إن كانت محصنة أو تعزير إن لم تكن كذلك، في جانبه، وقائمة مقام حبس من جانبها[10332].

خامساً: وعند الجعفرية: «اللعان شرعاً هو المباهلة بين الزوجين في إزالة حدّ أو نفي ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم»[10333].

٨٣٧٥ ـ التعريف المختار:

وفي ضوء ما قيل من تعاريف للعان، يمكن أن نعرفه: «بأنه حلف بألفاظ مخصوصة من قبل الزوج على زنى زوجته أو نفي ولدها منه، وحلفها على تكذيبه فيما قذفها به.

٨٣٧٦ ـ سبب تسميته «باللعان»

أولاً: عند الحنابلة:

قلنا إن اللعان شرعاً هو شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين.. الخ وسميت هذه الشهادات باسم «اللعان»؛ لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً، فتكون اللعنة عليه وهي الطرد والإبعاد[10334].

ثانياً: عند الحنفية:

السبب في هذه التسمية ورود لفظ (اللعن) في شهادة الزوج. ولم يسم باسم «الغضب» مع أنه ورد في شهادة الزوجة؛ لأن الزوج هو الذي يبدأ بالحلف فكان ورود لفظ «اللعن» في شهادته أسبق من ورود لفظ «الغضب» في شهادة الزوجة، والسبق من أسباب الترجيح[10335].

ثالثاً: عند الشافعية:

وفي «مغني المحتاج» في تعليل هذه التسمية: «اللعان لغة المباعدة، وسمي بذلك لبعد

(١٠٣٣١) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٩٢.

(١٠٣٣٢) «شرح المنتهى» للبهوتي الحنبلي، ج٣، ص٣١١.

(١٠٣٣٣) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٨١.

(١٠٣٣٤) «المغني» ج٧، ص٣٩٠.

(١٠٣٣٥) «فتح القدير» ج٣، ص٢٤٧.

كل منهما عن الآخر فلا يجتمعان أبداً. وشرعاً (كلمات) معلومة.. وسميت هذه الكلمات (لعاناً) لقول الزوج: عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين. واطلاقه في جانب المرأة من مجاز التغليب، واختير لفظه دون لفظ (الغضب) وإن كانا موجودين في اللعان لكون اللعنة متقدمة في الآية الكريمة، وفي الواقع ولأن لعان الزوج قد ينفك عن لعانها ولا ينعكس[10336].

٨٣٧٧ ـ دليل مشروعية اللعان ـ من الكتاب العزيز:

والأصل في مشروعية اللعان القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرّة، فمن الكتاب العزيز قوله تعالى: **﴿والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهم وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إلاَّ أَنْفُسُهُم فَشَهَادَةُ أَحَدِهِم أَربَعُ شَهَادَاتٍ باللهِ إنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقين. والخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ الله عَلَيْهِ إنْ كَانَ مِنَ الكَاذِبِينَ. ويَدْرأُ عنها العذابَ أنْ تشهَدَ أربعَ شَهاداتٍ باللهِ إنه لمن الكاذبين. والخَامسةُ أنَّ غَضَبَ الله عَلَيهَا إنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقين﴾**[10337].

٨٣٧٨ ـ دليل مشروعيته من السنة النبوية:

أ : الحديث الأول:

أخرج الإمامان الجليلان البخاري ومسلم في صحيحيهما عن سهل بن سعد الساعدي أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سلْ لي يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ فسأل عاصم رسول الله ﷺ عن ذلك، فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ فقال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير، قد كَرِه رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها. فقال عويمر: والله لا انتهى حتى أسأله عنها، فأقبل عويمر حتى جاء رسولَ الله ﷺ وسط الناس فقال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، أيقتله فتقتلونه، أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها. قال سهل: فتلاعنا وإنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ، قال ابن شهاب، فكانت سنة المتلاعنين[10338].

(١٠٣٣٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٦٧.

(١٠٣٣٧) [سورة النور، الآيات من ٦-٩].

(١٠٣٣٨) «صحيح البخاري» ج٩، ص٤٤٦، «صحيح مسلم» ج١٠، ص١٩-٢٢.

٨٣٧٩ ـ ب : الحديث الثاني:

وأخرج الإمام مسلم في صحيحه عن سعيد بن جبير أنه قال لعبد الله بن عمر: «المتلاعنان أيفرق بينهما؟ قال سبحان الله، إن أول من سأل عن ذلك فلان بن فلان، قال: يا رسول الله أرأيت أن لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع؟ إن تكلم تكلم بأمر عظيم وإن سكت سكت على مثل ذلك. قال فسكت النبي ﷺ فلم يجبه. فلما كان بعد ذلك أتاه فقال: إن الذي سألتك عنه قد ابتليت به، فأنزل الله عزّ وجلّ هؤلاء الآيات في سورة النور: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم . .﴾ إلى آخر الآيات»[10339].

٨٣٨٠ ـ حكم اللعان من جهة طلبه بمباشرة سببه:

اللعان بين الزوجين سببه قذف الزوج زوجته بالزنا أو نسب حملها أو ولدها منه. فما حكم اللعان من جهة طلبه بمباشرة مسببه؟ بمعنى هل يجب على الزوج أو يجوز له قذف زوجته طلباً للملاعنة معها أم لا يجوز له ذلك؟ ثم إن للزوجة الحق في طلب الملاعنة معه إذا قذفها، ولكن هل يجب عليها ذلك؟ هذا ما نبيّنه في الفقرات التالية:

٨٣٨١ ـ اللعان الواجب:

إذا تيقن الزوج أن حمل زوجته أو ولدها الذي جاءت به على فراشه ليس منه، فيجب عليه أن يقذفها بنفي هذا الولد أو ذلك الحمل منه، ـ أي ينفي نسبهما منه ـ، وهذا ما صرّح به الشافعية والحنابلة والمالكية.

٨٣٨٢ ـ من أقوال الحنابلة في اللعان الواجب:

قال ابن قدامة الحنبلي في «المغني»: «القذف على ثلاثة أضرب واجب وهو أن يرى امرأته تزني في طهر لم يطأها فيه، فإنه يلزمه اعتزالها حتى تنقضي عدّتها، فإذا أتت بولد لستة أشهر من حين الزنى، وأمكنه نفيه عنه لزمه قذفها ونفي ولدها؛ لأن ذلك يجري مجرى اليقين في أن الولد من الزاني. فإذا لم ينفه لحقه الولد وورثه وورث أقاربه وورثوا منه، وليس ذلك بجائز، فيجب نفيه لإزالة ذلك. ولو أقرت بالزنى ووقع في قلبه صدقها فهو كما لو رآها تزني»[10340].

٨٣٨٣ ـ من أقوال الشافعية في اللعان الواجب:

وفي «المهذب» للشيرازي في فقه الشافعية: «وإن أتت امرأته بولد يلحقه في الظاهر بحكم

(١٠٣٣٩) «صحيح مسلم» ج١٠، ص١١٩-١٢٢.

(١٠٣٤٠) «المغني» ج٧، ص٤٢٠.

الإمكـان وهو يعلم أنه لم يصبها ـ أي لم يطأها ـ وجب عليه نفيه باللعان لما روى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله تعالى جنته» فلما حرّم النبي ﷺ على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم دلّ على أن الرجل مثلها؛ ولأنه إذا لم ينفه جعل الأجنبي مناسباً له ومحرماً له ولأولاده مزاحماً لهم في حقوقهم، و هذا لا يجوز»[١٠٣٤١].

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ولو أتت بولد يمكن كونه منه وعلم أو ظن ظنّاً مؤكداً أنه ليس منه، لزمه نفيه؛ لأن ترك النفي يتضمن استلحاقه، واستلحاق من ليس منه حرام. وإنما يعلم أن الولد ليس منه إذا لم يطأ زوجته أصلاً أو وطأها، ولكن ولدته لأقل من ستة أشهر من الوطء[١٠٣٤٢].

٨٣٨٤ ـ من أقوال المالكية في اللعان الواجب:

جاء في «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «ويكون اللعان إنما لنفي نسب أو لرؤيتها تزني. والأول واجب، والثاني ينبغي تركه»[١٠٣٤٣].

٨٣٨٥ ـ اللعان الجائز:

ويكون القذف من الزوج لزوجته تمهيداً لإجراء اللعان معها جائزاً بشرطين:

الأول: أن لا يكون هناك ولد من زوجته يلحقه نسبه.

الثاني: أن يثبت عنده زناها بالمعاينة أو باخبار الثقة أو بالإشاعة بين الناس بأن زوجته تزني، أو بغلبة ظنّه أنها تزني.

ويجوز له أن لا يقذفها بالزنى، وبهذا صرّح الحنابلة والشافعية والمالكية[١٠٣٤٤]، واحتج ابن قدامة في «المغني»، والشيرازي في «المهذب» لهذا القول بما روي أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال الرجل لرسول الله ﷺ: «أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، فإن تكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ».

ووجه الدلالة بهذا الحديث أن الرجل ذكر أنه يتكلم أو يسكت ولم ينكر عليه النبي ﷺ قذفه

(١٠٣٤١) «المهذب شرحه المجموع» ج١٦، ص٤١١.

(١٠٣٤٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٣.

(١٠٣٤٣) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٥٧.

(١٠٣٤٤) «المغني» ج٧، ص٤٢٠، «المهذب» ج١٦، ص٣٨٥، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٥٧.

أو سكوته عما رأى. ثم قال ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله ـ: وإن سكت ـ أي لم يقذفها ولم يلاعنها ـ جاز وهو أحسن؛ لأنه يمكنه فراقها بطلاقها ويكون فيه سترها وستر نفسه وليس ثم ولد يحتاج إلى نفيه[10345]. وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «والأولى أن يستر عليها ويطلقها إن كرهها لما فيه من الستر عليها، وإقالة العثرة»[10346].

٨٣٨٦ ـ تعقيب على قول ابن قدامة:

وما قاله الإمام ابن قدامة الحنبلي حسن، والأحسن منه أن يقال: يجب مفارقتها لزناها؛ لأن نكاح الزانية حرام على المسلم، قال تعالى: ﴿**الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً، وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ**﴾[10347]، وإذا كان ابتداء نكاح الزانية لا يجوز للمسلم، بسبب الزنى، فإذا طرأ هذا السبب للزوجة منع استدامة نكاحها. ومع ذلك يجوز للزوج أن لا يطلّقها إذا كان زناها نتيجة تغرير بها وخداع لها، وإنها تابت توبة نصوحاً، وترجح لدى زوجها صدق توبتها وأن طلاقها سيؤدي بها إلى ضياع أولاده منها وتعييرهم بها، وإنها قد تعود إلى الفاحشة نتيجة طلاقها بتزيين من الشيطان والفساق، وكرد فعل منها على طلاقها، ففي هذه الحالة قد يكون الأفضل والأحسن الستر عليها وعدم تطليقها؛ لأن بتوبتها التوبة النصوح لم يعد يصدق عليها اسم أو وصف (الزانية)؛ ولأن المصلحة الشرعية في بقائها زوجة مستوراً عليها، وإن المفسدة في تطليقها لما ذكرنا. وينبغي لزوجها أن يعمل على تقوية معاني التقوى في نفسها مع دوام مراقبتها عن بعد حتى يتيقن من استقامتها، وبهذا يؤجر على وقايتها من الانزلاق إلى الهاوية والفاحشة إذا طلّقها، وبإعانته لها على العفة والاستقامة، والله أعلم.

٨٣٨٧ ـ اللعان المحرّم:

ويكون اللعان محرَّماً إذا توصّل إليه الزوج بقذف زوجته بناء على شكوك وظنون فاسدة لا تصلح دليلاً شرعياً ولا قرينة معتبرة على ما يقذفها به من الزنى؛ لأن القذف من الكبائر، قال تعالى: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ**﴾[10348]. ولهذا يجب على الزوج أن لا يتسرع في قذف زوجته وأن يتفحص ما يظنّه قرينة راجحة على زناها وهي في الحقيقة لا تصلح لهذا الاعتبار، وقد نبّه الإمام ابن قدامة الحنبلي

(١٠٣٤٥) «المغني» ج٧، ص٢٤٠.

(١٠٣٤٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٣٣.

(١٠٣٤٧) [سورة النور، الآية ٤].

(١٠٣٤٨) [سورة النور، الآية ٢٣].

إلى ما قد يقع فيه الزوج من ظنون وشكوك يعتبرها قرينة على زنى زوجته وهي ليست كذلك، فقد قال ـ رحمه الله تعالى ـ: «ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره؛ لأنه غير مأمون على الكذب عليها ولا برؤيته رجلاً خارجاً من عندها من غير أن يستفيض زناها؛ لأنه يجوز أن يكون دخل سارقاً أو هارباً أو لحاجة أو لغرض فاسد فلم يمكنه. كما لا يجوز قذفها لاستفاضة ذلك ـ أي زناها ـ في الناس من غير قرينة تدل على صدقهم لاحتمال أن يكون أعداؤها أشاعوا ذلك عنها»[10349].

والذي يُستفاد من قول ابن قدامة أن على الزوج أن يتريث ولا يستعجل إذا رأى بعض ما يثير الشكوك والظنون حول سلوك زوجته وأن يفحص ما يسمعه ويراه فحصاً موضوعياً بدون انفعال ولا غضب حتى يستخلص من هذه القرائن ومما يراه ومما يسمعه ما يترجح عنده من دلالتها حول زوجته مستحضراً في ذهنه أن الأصل في الزوجة المسلمة العفة والنزاهة وبراءة ذمتها مما يشاع عنها، فلا يجوز إلقاء ذلك بمجرد ما يثير الشكوك حول عفة زوجته دون دليل ولا قرينة معتبرة.

٨٣٨٨ ـ قرائن غير صالحة لنفي النسب وطلب اللعان:

ومن القرائن التي لا تصلح لنفي نسب الولد وطلب اللعان بناء على ذلك، ما قد يبدو من اختلاف بين لون المولود وبين لون أبيه، فقد جاء في الحديث الذي رواه الإمامان البخاري ومسلم وغيرهما، ولفظه كما أخرجه مسلم: «عن أبي هريرة، جاء رجل من بني فزارة إلى النبي ﷺ فقال: إن امرأتي ولدت غلاماً أسود. فقال النبي ﷺ: هل لك من إبل؟ قال: نعم. قال فما ألوانها؟ قال حمرٌ. قال: هل فيها من أورق؟ قال: إن فيها لورقا، قال: فأنى أتاها؟ قال عسى أن يكون نزعه عرق. قال ﷺ: وهذا عسى أن يكون نزعه عرق».

قال الإمام الثوري في شرحه لهذا الحديث: «وفي هذا أن الولد يلحق الزوج وإن خالف لون الولد لونه، حتى لو كان الأب أبيض والولد أسود أو عكسه لحقه، ولا يحل له نفيه بمجرد المخالفة في اللون، وكذا لو كان الزوجان أبيضين فجاء الولد أسود أو عكسه لاحتمال أنه نزعة عرق من أسلافه»[10350]. وقد ذهب فقهاء الشافعية المتأخرون إلى مدى بعيد في عدم اعتبار اختلاف لون المولود مع لون أبيه، حتى ولو أشبه من تتهم به أمه، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «لو أتت امرأة بولد أبيض وأبواه أسودان أو عكسه لم يبح لأبيه بذلك نفيه ولو أشبه من تُتَهم به أمه أو انضم إلى ذلك قرينة الزنى لخبر الصحيحين: «أن رجلاً قال للنبي ﷺ:

(١٠٣٤٩) «المغني»، ج٧، ص٤٢٠، ومثله جاء في «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣٨٥.

(١٠٣٥٠) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص١٣٤-١٣٥.

إن امرأتي ولدت غلاماً أسود. . . الخ»[10351].

٨٣٨٩ ـ العزل عند الجماع لا يصلح قرينة لنفي الحمل:

ومن القرائن التي لا تصلح لنفي النسب وطلب اللعان، وبالتالي يكون نفي النسب مجرماً وكذلك طلب اللعان المبني على النفي ما قاله الشافعية: «ولو وطأ زوجته في قبلها وعزل عنها بأن نزع وقت الإنزال ثم أتت بولد حرم نفيه على الصحيح؛ لأن الماء ـ مَنِيَّ الزوج ـ قد يسبق من غير أن يحس به»[10352].

٨٣٩٠ ـ ما يمكن قياسه على قول الشافعية:

ويمكن أن يقال قياساً على ما قاله الشافعية إن المرأة التي تتعاطى حبوب منع الحمل أو يستعمل هو الأكياس المطاطية في وطء زوجته لمنع نفوذ المني إلى فرج الزوجة، إذا ولدت زوجته، لا يجوز للزوج أن ينفي نسبه منه؛ لأن استعمال الزوجة حبوب منع الحمل أو استعمال الزوج ما يمنع من نفوذ منيه إلى داخل فرج زوجته، ليسا دليلاً قاطعاً على عدم إمكان الحمل، وبالتالي يحرم نفيه ويحرم طلب اللعان بناء على هذا النفي.

٨٣٩١ ـ يحرم اللعان المبني على نفي الولد كذباً:

وإذا حرم نفي الولد بناء على شكوك وظنون لا تصلح دليلاً ولا قرينة معتبرة على نفيه، فمن باب أولى تحريم نفي الولد مع علم الأب أنه ولده، وبالتالي يحرم اللعان المبني على هذا النفي الباطل، فقد جاء في حديث أخرجه أبو داود في سننه: «. . . وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين». وجاء في شرحه: أيما رجل أنكر ولده ونفاه وهو (ينظر إليه) وهو كناية عن العلم بأنه ولده، احتجب الله منه أي أبعده من رحمته. . »[10353].

وفي «المهذب» للشيرازي في فقه الشافعية: «إذا تزوج امرأة وهي وهو ممن يولد له، ووطأها ولم يشاركه أحد في وطئها بشبهة ولا غيرها وأتت بولد لستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه ولا يحل له نفيه، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال حين نزلت آية الملاعنة: «أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه الله على رؤوس الأولين والآخرين»[10354].

(١٠٣٥١) «مغني المحتاج» ج٣ب، ص٣٧٤.

(١٠٣٥٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٤، «نهاية المحتاج» ج٧، ص١٠٧.

(١٠٣٥٣) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٣٥١-٣٥٢.

(١٠٣٥٤) «المهذب» للشيرازي وشرحه المجموع، ج١٦، ص٤١١.

٨٣٩٢ - يجوز للمرأة طلب اللعان وتركه أفضل:

ويجـوز للزوجـة أن تطلب اللعان مع زوجها الذي قذفها بالزنى أو بنفي حملها أو ولدها لإظهار براءتها مما قذفها به. ولكن ترك طلب الملاعنة مع زوجها أفضل لها ستراً لها ومنعاً من إشاعة الفاحشة. قال الإمام علاء الدين الكاساني: «والأفضل للمرأة أن تترك الخصومة والمطالبة ـ أي مطالبـة اللعـان مع زوجهـا ـ لمـا فيها من إشاعة الفاحشة، وكذا تركها من باب الفضل والإكرام، وقد قال الله تعالى: ﴿ولا تَنْسَوُا الفَضْلَ بَيْنَكُم﴾ فإن لم تترك وخاصمته إلى القاضي يستحسن للقاضي أن يدعوهما إلى الترك..»[١٠٣٥٥]. ومن هذا يعلم أن من الجائز للزوجة أن تطلب الملاعنة مع زوجها إذا قذفها بالزنى أو بنفي الولد، وترك ذلك أفضل لها.

٨٣٩٣ - الحكمة من تشريع اللعان:

كان قذف الزوج زوجته مثل قذف الرجل غير زوجته من جهة وجوب حدّ القذف إذا لم يقدم الزوج البيّنة على قذفه لزوجته، قال تعالى: ﴿والَّذِينَ يَرمُونَ المُحْصَنات ثُمَّ لَمْ يَأتُوا بأربَعة شُهَداء فَاجْلدوهُم ثَمانِينَ جَلدة﴾[١٠٣٥٦]. وكان هذا الحكم الذي ورد في هذه الآية الكريمة عاماً يشمل الأزواج إذا قذفوا زوجاتهم كما يشمل الآخرين إذا قذفوا غير زوجاتهم. ويؤيد عموم هذا الحكم قوله ﷺ لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء: ائتني بأربعة شهداء يشهدون، وإلّا فحدٌّ في ظهرك. وهذا الحكم نسخ في حق الأزواج إذا قذفوا زوجاتهم، فصار اللعان بالنسبة لهم يقوم مقام البيّنة بأربعة شهود؛ لأن النبي ﷺ قال لهلال بن أمية حين نزلت آية اللعان: ائتني بامـرأتـك فقـد **أنـزل الله فيك وفيها قرآناً، ولاعن بينهما. وآية اللعان الخاصة بقذف الأزواج** لزوجاتهم هي قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يَرمُونَ أزْوَاجهم ثُمَّ لَمْ يَكُنْ لَهُم شُهَداء إلَّا أنْفُسُهُم...﴾ الآيات، وبهذا قال الجصاص وابن العربي المالكي[١٠٣٥٧]، وهو ما أشار إليه الرازي والقرطبي وهما يتكلمان عن سبب نزول آية الملاعنة[١٠٣٥٨]. هذا ومن الجدير بالذكر أن قولهم: فصار اللعان بالنسبة للأزواج إذا قذفوا زوجاتهم يقوم مقام البيّنة بأربعة شهود، هذا في دفع حدّ القذف عنهم، كمـا أن هذه البيّنـة لا تستوجب حدّ الزنا على الزوجة المقذوفة. إذا لاعنت كما جاء صريحاً في آية اللعان في قوله تعالى: ﴿وَيَدْرأُ عَنْهَا العَذَابَ أنْ تَشْهَدَ أربعَ شَهَادَات باللهِ إنَّهُ لَمِنَ الكَاذِبِينَ﴾.. الخ، كما سنبيّنه فيما بعد إن شاء الله تعالى.

(١٠٣٥٥) «البدائع» ج٣، ص٢٤٣.

(١٠٣٥٦) [سورة النور، الآية ٤].

(١٠٣٥٧) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٣، ص٢٨٥، «أحكام القرآن» لابن العربي، ج٣، ص١٣٢٨.

(١٠٣٥٨) «تفسير الرازي» ج٢٣، ص١٦٤-١٦٥، «تفسير القرطبي» ج١٢، ص١٨٣-١٨٤.

٨٣٩٤ ـ توضيح الحكمة من تشريع اللعان:

وإذ قد تبين سبب نزول آية اللعان، وأنه حكم خاص بالأزواج إذا قذفوا زوجاتهم بالزنى أو بنفي الولد، فإن الحكمة في تشريع اللعان تبدو واضحة، فقد يبتلى الزوج بارتكاب زوجته الزنى ولا يستطيع إثباته بالبيِّنة وهي أربعة شهود؛ ولأن العادة والغالب أن الزوج لا يقدم على اتهام زوجته بالزنى إلّا لقرائن تدل على زناها وتضطره إلى رميها بالزنى ليتخلص من آثار فعلها كإلحاق نسب ولدها من الزنى به، ومن أجل هذا كلّه شرع اللعان، وكان في هذا التشريع فرج ومخرج لما قد عسى أن ينزل بالأزواج من ضرر بسبب زنى زوجاتهم، وهذا ما جاء في قول رسول الله ﷺ لما نزلت آيات اللعان «أبشر يا هلال ـ الرجل الذي قذف زوجته ـ قد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً»[١٠٣٥٩].

٨٣٩٥ ـ سؤال وجوابه:

وقد يسأل البعض أو يقول: ألم يكن في نظام الطلاق كفاية ومخرج للزوج إذا ابتلي بما يدعوه إلى قذف زوجته فيطلقها ويستريح دون حاجة إلى قذفها ولعانها؟

والجواب، لا، بكل تأكيد، وإلا لما شرع الله تعالى اللعان. هذه واحدة، والثانية: أن الطلاق لا يحصل به نفي الولد إذا أراد الزوج نفيه، وإنما الذي ينفيه هو اللعان. والثالثة: أن في الطلاق تكاليف مالية تلزم المطلق، وقد لا تلزمه إذا وقعت الفرقة باللعان على رأي بعض الفقهاء.

(١٠٣٥٩) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٣٤٤.

المبحث الثاني

شروط اللعـــان

٨٣٩٦ - تمهيد ومنهج البحث:

اللعان لا يكون إلا بقذف الزوج زوجته بالزنى أو بنفي حملها وولدها، ولهذا كانت شروط اللعان هي الشروط المتعلقة بالقذف، وهذه الشروط (منها) ما يرجع إلى القاذف خاصة، (ومنها) ما يرجع إلى المقذوف خاصة، (ومنها) ما يرجع إليهما جميعاً، (ومنها) ما يرجع إلى المقذوف فيه، (ومنها) ما يرجع إلى المقذوف به، (ومنها) ما يرجع إلى نفس القذف. وهذا التقسيم لشروط اللعان هو ما ذكره الإمام الكاساني في بدائعه، ونحن نأخذ به، وعليه نقسم هذا البحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: شروط القاذف.
المطلب الثاني: شروط المقذوف.
المطلب الثالث: شروط القاذف والمقذوف.
المطلب الرابع: شروط المقذوف فيه.
المطلب الخامس: شروط المقذوف به.
المطلب السادس: شروط نفس القذف.

المطلـــب الأول

شـــروط القـــاذف

٨٣٩٧ - يشترط في القاذف عدم إقامة البيّنة:

يشترط في الزوج القاذف خاصة عدم إقامته البيّنة على ما رمى به زوجته من الزنى حتى يجوز اللعان؛ لأن الله تعالى شرط ذلك في آية اللعان بقوله عزّ وجلّ: **﴿والَّذِينَ يَرمُونَ أَزْوَاجهم وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداء إلاّ أَنْفُسُهُم فَشَهَادةُ أحدِهم أَرْبَعُ شَهَادَات باللهِ إنهُ لَمِنَ الصَّادقينَ..﴾**. ولهذا لو أقام أربعة من الشهود على المرأة بالزنى لما جاز اللعان، ولوجب إقامة حدّ الزنى عليها؛ لأنه

قد ثبت زناها بشهادة الشهود[10360].

٨٣٩٨ ـ إذا قدر على البينة هل له أن يلاعن؟

وإذا قدر الزوج على إقامة البيّنة على ما رمى به زوجته، فهل له أن يطلب اللعان ولا يقدم البيّنة؟ قال الشافعية: نعم، له ذلك. فله أن يثبت الزنى بالبيّنة، كما له أن يطلب اللعان، وبهذا أو بذاك يسقط عنه حدّ القذف. وإنما كان للزوج القاذف ما قلناه؛ لأن البيّنة ـ أي تقديم الشهود ـ واللعان، بيِّنتان في إثبات حقٍ للزوج، فجاز إقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الأخرى، كالرجلين، والرجل وامرأتين في الشهادة على المال، يستطيع صاحب الحق في المال أن يقدم أيهما شاء لاثبات حقّه[10361].

٨٣٩٩ ـ متى يجوز اللعان مع إقامة البيِّنة:

قلنا إن الشرط في الزوج القاذف لإجراء اللعان بناء على طلبه أن لا يقيم البيّنة على زنى زوجتـه، فهل يجوز اللعان مع إقامة البيّنة على زنى الزوجة؟ والجواب نعم على ما صرّح به الشافعية إذا كان اللعان لنفي نسب ولدها منه؛ لأن النسب لا ينتفي بالبيّنة، وإنما ينتفي باللعان؛ لأن الشهـود لا سبيل لهم إلى العلم بأن هذا الولد ليس منه. وإن أراد الزوج أن يثبت الزنى بالبيِّنة، ثم يلاعن لنفي الولد، جاز له ذلك[10362].

المطلب الثاني

شروط المقذوف

٨٤٠٠ ـ شروط المقذوف وحده:

المقـذوف في بحثنا ـ بحث اللعان ـ هو الزوجة، وشروطها المتعلقة بها وحدها شرطان: (الأول) إنكارها حصول الزنى منها. (الثاني) عفتها عن الزنى.

٨٤٠١ ـ الشرط الأول: إنكارها الزنى:

يشترط في الزوجة المقذوفة إنكارها وقوع الزنى منها، حتى لو أقرت بذلك، لا يجب اللعان ويلزمها الحدّ ـ حدّ الزنى ـ وهو الجلد مائة جلدة إن كانت غير محصنة، والرجم إن كانت محصنة

(١٠٣٦٠) «البدائع» ج٣، ص٢٤٠، «شرح الأزهار» ج٣، ص٥١٢.

(١٠٣٦١) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣٨٨.

(١٠٣٦٢) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣٨٩.

لظهور زناها بإقرارها[١٠٣٦٣].

٨٤٠٢ ـ شروط اعتبار إقرارها بالزنى:

ولكن إذا قذف زوجته وصدّقته وأقرت بالزنى مرّة أو مرتين أو ثلاثاً لم يجب عليها الحدّ؛ لأنّ الزنى لا يثبت إلا بالإقرار أربع مرات، ثم إن كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما؛ لأن اللعان كالبيّنة إنما يقام مع الإنكار، وإن كان تصديقها بعد لعانه لم تلاعن هي؛ لأنها لا تحلف مع الإقرار، ولا حدّ عليها؛ لأنها لا تُحد حدّ الزنى، إلاّ إذا أقرّت بالزنى أربع مرات، وبهذا قال الحنابلة وأبو حنيفة.

وقال الشافعي إن صدقته قبل لعانه فعليها الحدّ ـ حدّ الزنى ـ وليس له أن يلاعن إلا أن يكون ثم نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفي النسب بمجرد لعانه. وإن كان تصديقها بعد لعانه فقد انتفى النسب ووجب عليها الحدّ بناء على أن النسب ينتفي بمجرد لعانه، وتقع الفرقة، ويجب عليها حدّ الزنى بتصديقها لزوجها وإقرارها بالزنى[١٠٣٦٤].

٨٤٠٣ ـ الشرط الثاني: العفة عن الزنى:

ويشترط في الزوجة المقذوفة لإجراء اللعان معها عفتها عن الزنى، فإن لم تكن عفيفة لم يجب اللعان بقذفها، كما لا يجب حدّ القذف بقذف الأجنبية إذا لم تكن عفيفة؛ لأنه إذا لم تكن عفيفة فقد صدقته بفعلها فصار كما لو صدقته بقولها[١٠٣٦٥].

المطلب الثالث

شروط القاذف والمقذوف جميعاً

٨٤٠٤ ـ تمهيد ومنهج البحث:

قال الإمام علاء الدين الكاساني ـ رحمه الله تعالى ـ: أما الشروط التي ترجع إلى القاذف والمقذوف جميعاً فهي: «أن يكونا زوجين حرّين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في القذف»[١٠٣٦٦]. وفي بعض هذه الشروط اختلاف بين الفقهاء، وعلى هذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

(١٠٣٦٣) «البدائع» ج٣، ص٢٤١.

(١٠٣٦٤) «المغني» ج٧، ص٤٤٦.

(١٠٣٦٥) «البدائع» ج٣، ص٢٤١، وقد تكلمنا عن شرط العفة في المقذوف عند الكلام عن جريمة القذف، وهي نفسها في شرط العفة في الزوجة: انظر الفقرتين ٥٠٨١ و ٥٠٨٢.

(١٠٣٦٦) «البدائع» ج٣، ص٢٤١.

الفرع الأول: شرط قيام الزوجية.

الفرع الثاني: الشروط الأخرى المشتركة بين الزوجين.

الفرع الأول

شرط قيام الزوجية

٨٤٠٥ ـ الدليل على هذا الشرط:

والدليل على شرط قيام الزوجية بين الزوج القاذف والزوجة المقذوفة هو قول الله تعالى: **﴿والَّذِينَ يَرمُونَ أَزْوَاجهم وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَداءُ إلاّ أَنْفُسُهُم فَشَهَادةُ أحدِهم أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ باللهِ إنهُ لَمِنَ الصَّادقينَ. .﴾**[10367] الآيات. وبهذا صرّح أهل التفسير إذ قالوا إن الله تعالى خصَّ الأزواج بهذا الحكم وجعل لعانهم يقوم مقام البيّنة على ما قذف به زوجته[10368]. وكذلك صرَّح الفقهاء، فقد جاء في «البدائع» للكاساني: «أما اعتبار الزوجية فلأن الله تبارك وتعالى خصَّ اللعان بالأزواج بقوله تعالى: **﴿والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم. .﴾**[10369].

٨٤٠٦ ـ المقصود بقيام الزوجية:

وإذا كان الشرط قيام الزوجية بين القاذف والمقذوف، فما المقصود بهذا الشرط؟ والجواب يتبين بذكر الحالات التالية وهل يتحقق فيها هذا الشرط في ضوء ما ذكره الفقهاء.

٨٤٠٧ ـ الحالة الأولى: الزوجية في نكاح صحيح:

لا خلاف في أن المرأة إذا كانت في نكاح صحيح مع زوجها، أن الزوجية تعتبر قائمة بصورة صحيحة، وإنه إذا قذفها، فإن حكم آية اللعان يسري عليهما، ويصح اللعان بينهما لقوله تعالى: **﴿والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجهُم﴾**. . الخ.

٨٤٠٨ ـ لا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها:

وإذا كانت الزوجية قائمة على أساس نكاح صحيح، فلا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها في وقوع القذف مستوجباً اللعان بينهما إذا وقع الطلب به، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار، ومنهم عطاء والحسن والشعبي والنخعي

(١٠٣٦٧) [سورة النور، الآيات ٦ـ٩].

(١٠٣٦٨) «تفسير الرازي» ج٢٣، ص١٦٦، «تفسير القرطبي» ج١٢، ص١٨٦ـ١٨٧.

(١٠٣٦٩) «البدائع» ج٣، ص٢٤١.

وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وفقهاء المدينة والثوري وفقهاء العراق والشافعي والحنابلة، وذلك لظاهر قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم..﴾ الآية. فلم يفرق نص الآية بين زوجة مدخول بها وزوجة غير مدخول بها[10370].

٨٤٠٩ ـ الحالة الثانية: الزوجة في نكاح فاسد:

وإذا كانت المرأة زوجة في نكاح فاسد وقذفها زوجها لم يلاعنها عند الحنفية، ويعللون ذلك بقولهم: «لعدم الزوجية، إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة»[10371]. وقال الحنابلة والشافعية والمالكية: يلاعن لنفي ولدها، أي لنفي نسب ولدها منه. وإن لم يكن ولد يريد نفيه فلا حدّ في قذفه ولا لعان بينهما.

ويعلل الحنابلة ذلك بأن ولدها يلحقه نسبه منه، بحكم عقد النكاح وإن كان فاسداً، فكان للزوج نفيه والملاعنة من أجل نفيه، كما لو كان النكاح صحيحاً. أما إذا لم يكن هناك ولد منها يريد نفيه فلا حاجة إلى أن يقذفها بالزنى؛ لأنها أجنبية عنه؛ لأن عقد النكاح الفاسد لا يجعلها زوجة شرعية له، وبالتالي يجب عليه حدّ القذف إن لم يثبت ما قذفها به، ولا يجري بينهما لعان لعدم قيام الزوجية الصحيحة بينهما. فالحاجة إذن موجودة في قذفها لنفي الولد ـ نفي نسب ولدها منه ـ بإجراء اللعان بينهما، وإذا لاعن سقط الحدّ عنه؛ لأنه لعان مشروع فأسقط الحدّ كاللعان في النكاح الصحيح، وينتفي بهذا اللعان نسب ولدها منه[10372].

٨٤١٠ ـ رد الحنفية على الحنابلة:

ويقول الحنفية في ردهم على حجة الحنابلة ـ والشافعية يوافقون الحنابلة في حجتهم ـ بأن القذف بنفي نسب ولد المقذوفة منه لا يؤدي إلى هذا النفي؛ لأن وسيلته اللعان، ولا يصح اللعان بينهما؛ لأن نكاحهما فاسد، وفي هذا المعنى يقول الإمام الكاساني الحنفي: «إن قطع النسب يكون بعد الفراغ من اللعان، ولا لعان إلا بعد وجوبه، ولا وجوب لعدم شرطه وهو الزوجية الصحيحة»[10373].

٨٤١١ ـ والراجح قول الحنابلة ومن وافقهم، فيصح اللعان في النكاح الفاسد إذا كان الغرض منه نفي نسب الولد ـ ولد الزوجة المقذوفة من الزوج القاذف ـ لأن النسب يثبت في

(١٠٣٧٠) «المغني» ج٧، ص٣٩٣-٣٩٤.

(١٠٣٧١) «البدائع» ج٣، ص٢٤١ . .

(١٠٣٧٢) «المغني» ج٧، ص٤٠٠.

(١٠٣٧٣) «البدائع» ج٣، ص٢٤١.

النكاح الفاسد، فكان هذا النكاح من هذه الجهة مثل النكاح الصحيح فيجري فيه اللعان من هذه الجهة على هذا الأساس.

٨٤١٢ ـ الحالة الثالثة: الزوجة في عدّة الطلاق الرجعي:

قال الإمام الكاساني الحنفي: «ولو طلّقها طلاقاً رجعياً ثم قذفها يجب اللعان؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية»[١٠٣٧٤]، ومن المعلوم أن هذا القول يصدق على المطلقة رجعياً وهي في العدّة؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ما دامت في العدّة. وهذا مذهب الحنابلة، وهو مروي عن ابن عمر إذ قال: يلاعن ما دامت في العدّة. وقال الإمام أحمد معللاً قول ابن عمر: «بأنها زوجته وهو يرثها وترثه فهو يلاعن»، وبهذا قال جابر بن زيد والنخعي والزهري وقتادة والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور[١٠٣٧٥].

٨٤١٣ ـ الحالة الرابعة: الزوجة مطلقة طلاقاً بائناً:

وإذا طلّق زوجته طلاقاً بائناً، ثم قذفها بزنى إضافة إلى حال قيام الزوجية، ينظر: إن كان بينهما ولد يريد نفيه ـ أي نفي نسبه منه ـ، فله أن ينفيه باللعان ولا حدّ عليه. وإن لم يكن هناك ولد منها يريد أن ينفيه ـ أي ينفي نسبه منه ـ أقيم عليه حدّ القذف، ولا لعان بينه وبينها، وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال مالك والشافعي[١٠٣٧٦]. وعند الحنفية لا لعان بينهما لبطلان النكاح بالإبانة ـ أي بالطلاق البائن ـ فقد جاء في «البدائع»: «ولو طلّق امرأته بائناً أو ثلاثاً ثم قذفها بالزنى، لا يجب اللعان لعدم الزوجية لبطلانها بالإبانة والثلاث»[١٠٣٧٧].

٨٤١٤ ـ تعليل الحنابلة:

وعلل ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ ما ذهب إليه الحنابلة وموافقوهم بأنه إذا كان بينهما ولد فالحاجة قائمة إلى اللعان لنفي نسبه من القاذف، فجاز اللعان بينهما كما لو قذفها بنفي نسب ولدها منه في حال قيام الزوجية. وإذا لم يكن بينهما ولد فلا حاجة إلى قذفها فلا يجري لعان بهذا القذف؛ لأنه قذفها وهي أجنبية فأشبه مالو لم يضفه إلى حال قيام الزوجية»[١٠٣٧٨]، وقول الحنابلة هو الراجح.

(١٠٣٧٤) «البدائع» للكاساني، ج٣، ص٢٤١.

(١٠٣٧٥) «المغني» ج٧، ص٤٠١-٤٠٢.

(١٠٣٧٦) «المغني» ج٧، ص٤٠٠.

(١٠٣٧٧) «البدائع» ج٣، ص٢٤١.

(١٠٣٧٨) «المغني» ج٧، ص٤٠١.

٨٤١٥ ـ **الحالة الخامسة: قذف الزوجة الميتة:**

ولو قذف امرأته بعد موتها لم يلاعن عند الحنفية. وقال الشافعي ـ كما ينقل عنه الكاساني الحنفي ـ يلاعن على قبرها محتجاً بظاهر قوله عزّ وجلّ في آية اللعان: ﴿**فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ**...﴾ من غير فصل بين حال الحياة والموت. وقال الإمام الكاساني محتجاً لمذهب الحنفية، ورداً على قول الشافعي: «ولنا، قوله عزّ وجلّ: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم**...﴾ الآيات. خصَّ الله سبحانه وتعالى اللعان بالأزواج، وقد زالت الزوجية بالموت فلم يوجد قذف الزوجة، فلا يجب اللعان، وبه تبين أن الزوجة الميتة لم تدخل تحت الآية الكريمة: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم**...﴾؛ لأن الله تعالى أوجب هذه الشهادة «اللعان» بقذف الأزواج، وبعد الموت لم تبق زوجة له»[١٠٣٧٩].

٨٤١٦ ـ **الحالة السادسة: إذا قذف زوجته ثم أبانها:**

وإذا قذف زوجته بأن اتهمها بالزنى، ثم طلَّقها طلاقاً بائناً فله أن يلاعنها، نصَّ عليه الإمام أحمد سواء كان له ولد أو لم يكن، وروي ذلك عن ابن عباس وبه قال الحسن والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر.

وقال جابر بن زيد وقتادة والحكم: يقام عليه حدّ القذف. وقال حماد بن أبي سليمان والحنفية لا حدّ ولا لعان؛ لأن اللعان إنما يكون بين الزوجين وليس هذان بزوجين، ولا يُحدّ؛ لأنه لم يقذف أجنبية، وإنما قذف زوجته قبل إبانتها[١٠٣٨٠].

٨٤١٧ ـ والراجح قول الجمهور من الحنابلة وغيرهم لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم**...﴾ وهذا قد رمى زوجته فيدخل في عموم الآية، ولكن قيد ذلك بنفي الولد، أي إذا كان قذفه لزوجته لغرض نفي ولدها منه، إذ إن حاجته ظاهرة في هذا القذف؛ ولأنه إذا لاعنها بعد إبانتها لنفي الولد يكون هناك تعلّق بها من جهة الزوجية بسبب الولد المراد نفيه، فينزل لعانهما في هذه الحالة منزلة الملاعنة بين الزوجين. أما إذا لم يكن ولد يراد نفيه فلا وجه لإجراء اللعان؛ لأنهما ليسا بزوجين ولا يوجد بينهما ولد يراد نفيه.

٨٤١٨ ـ **الحالة السابعة: إذا قذف أجنبية ثم تزوجها:**

وإذا قذف أجنبية ثم تزوجها فعليه الحدّ ـ عقوبة القذف ـ ولا يلاعن لأنّ الحدّ وجب بقذفه

(١٠٣٧٩) «البدائع» ج٣، ص٢٤١.

(١٠٣٨٠) «المغني» ج٧، ص٤٠٢.

إياها وهي أجنبية، فلم يملك اللعان من أجله كما لو لم يتزوجها، وبهذا صرّح الحنابلة[10381]. ويبدو أن قول غيرهم كقول الحنابلة؛ لأن اللعان يجري بين الزوجين بقذف الزوج زوجته لا بقذف الأجنبية، وهذا قد قذفها وهي أجنبية ليست زوجته فلا يشمله حكم اللعان.

٨٤١٩ ـ الحالة الثامنة: إذا تزوجها ثم قذفها بزنى قبل الزواج:

وإذا قذف الزوج زوجته بزنى أضافه إليها إلى ما قبل زواجه بها، عوقب بحدّ القذف، ولم يلاعن سواء كان بينهما ولد أو لم يكن، وهذا قول الحنابلة ومالك وأبي ثور، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبي.

وقال الحسن وزرارة بن أبي أوفى والحنفية، له أن يلاعن؛ لأنه قذف امرأته فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم﴾؛ ولأنه قذف امرأته فأشبه مالو قذفها ولم يضفه إلى ما قبل النكاح. وقال الإمام الشافعي: إن لم يكن ثم ولد لم يلاعن، وإن كان بينهما ولد ففيه وجهان[10382].

٨٤٢٠ ـ والراجح قول الحنابلة؛ لأنه قذفها بزنى إضافة إلى ما قبل زواجه بها، فكان قذفه إخباراً عن قذف لها قبل الزواج، فلا يكون قاذفاً زوجته، فلا يجري عليه حكم اللعان، ولا حقّ له بطلبه، فيبقى قذفه الذي أخبر عنه، وهو متعلق بأجنبية، فيقام عليه حدّ القذف إن لم يثبته.

٨٤٢١ ـ الحالة التاسعة ـ إذا قذفها ثم مات:

وإذا قذف الرجل زوجته ثم مات قبل أن يلاعن أو قبل إتمام لعانه، سقط اللعان ولحقه نسب ولدها، وورثته في قول الجميع؛ لأن اللعان لم يوجد، فلم يثبت حكمه. وإن مات بعد أن أكمل لعانه وقبل أن تلاعن زوجته، فكذلك الحكم عند الحنابلة، وقال الشافعي: تبين ـ أي تقع الفرقة بينهما ـ بلعانه ويسقط التوارث بينهما وينتفي الولد ويلزمها الحدّ ـ حدّ الزنى ـ إلا أن تلتعن.

وقد ردّ ابن قدامة الحنبلي على الشافعي، فقال: (ولنا) أنه مات قبل إكمال اللعان أشبه ما لو مات قبـل إكمال التعانه؛ وذلك لأن الشرع إنما رتب هذه الأحكام ـ أحكام اللعان ـ على اللعان التام، والحكم لا يثبت قبل إكمال سببه[10389].

(١٠٣٨١) «المغني» ج٧، ص٤٠٢.

(١٠٣٨٢) «المغني» ج٧، ص٤٠٢-٤٠٣.

(١٠٣٨٩) «المغني» ج٧، ص ٤٠٦.

٨٤٢٢ ـ الحالة العاشرة: إذا ماتت الزوجة قبل اللعان:

وإذا قذف الزوج زوجته وماتت قبل اللعان، فقد ماتت على الزوجية، ويرثها زوجها في قول عامة أهل العلم. وروي عن ابن عباس قوله: إن التعن لم يرثها زوجها، ونحو ذلك روي عن الشعبي وعكرمة محتجين بأن اللعان يوجب فرقة تبين بها، فيمنع التوارث كما لو التعن في حياتها[١٠٣٩٠].

والراجح قول الجمهور؛ لأنها ماتت على الزوجية ـ أي وهي زوجة ـ لم تثبت بينونتها منه، فثبتت الأحكام في حقّها وحقّ زوجها باعتبارها زوجة له فيرثها إذا ماتت قبله كما لو لم يلتعن؛ ولأن اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكمه بعد موتها.

الفــرع الثانـي

الشروط الأخرى المشتركة بين الزوجين

٨٤٢٣ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

وعنـدهم، يشتـرط في الـزوج القـاذف والـزوجـة المقذوفة: الحرية، والعقل، والبلوغ، والإسلام، والنطق، وعدم الحدّ في القذف. فلا يجري اللعان بين الزوجين صحيحاً لا على وجه الوجوب ولا على وجه الجواز إلا إذا توافرت هذه الشروط في الزوجين كليهما[١٠٣٩١].

٨٤٢٤ ـ تعليل مذهب الحنفية:

والأصل الذي اعتمده الحنفية فيما اشترطوه من شروط لصحة اللعان على وجه الوجوب أو الجواز، هو أن اللعان شهادة مؤكدة بالأيمان وهذه هي شروط من تقبل شهادته ويمينه، قال الإمام الكـاسـاني الحنفي معللاً مذهب الحنفية فيما اشترطوه من شروط في الزوجين لإجراء اللعان بينهما: «اعتبار هذه الأوصاف ـ أي الشروط في الزوجين ـ شرطاً لوجوب اللعان فرع الكلام في معنى اللعان، فقد قال أصحابنا: إن اللعان شهادة مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن والغضب، وأنه في جانب الزوج قائم مقام حدّ القذف وفي جانبها قائم مقام حدّ الزنى»[١٠٣٩٢].

(١٠٣٩٠) «المغني» ج٧، ص ٤٠٦.

(١٠٣٩١) «البدائع» ج٣، ص٢٤١-٢٤٣.

(١٠٣٩٢) «البدائع» ج٣، ص٢٤١-٢٤٢.

٨٤٢٥ ـ من أصول الحنفية في تعليل مذهبهم:

وهناك أصل آخر ذكره الحنفية علّلوا به شروطهم وأرجعوها إليه، وهذا الأصل هو: «كل قذف لا يوجب الحدّ لو كان القاذف أجنبياً لا يوجب اللعان إذا كان القاذف زوجاً؛ لأن اللعان موجَب القذف في حقّ الزوج كما أن الحدّ موجَب القذف في حقّ الأجنبي»[١٠٣٩٣]، وهذه الشروط لا بدَّ من توافرها في القاذف الأجنبي إذا قذف أجنبية، لوجوب الحدّ، فكذلك يجب توافرها في الزوجين لإجراء اللعان بينهما إذا قذف الزوج زوجته.

٨٤٢٦ ـ أدلة تعليل الحنفية لشروطهم[١٠٣٩٤]

قلنا: إن الحنفية علّلوا ما اشترطوه من شروط لإجراء اللعان على وجه الوجوب أو الجواز، بأن اللعان شهادة مؤكدة بالأيمان، وأن هذه الشروط هي شروط من تقبل شهادته ويمينه، استدلوا على تعليلهم هذا بما يأتي:

أولاً: قوله تعالى: **﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ، فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ﴾**... الخ والاستدلال بهذه الآية أن الله تعالى سمّى الذين يرمون أزواجهم (شهداء)؛ لأنه استثناهم من الشهداء بقوله تعالى: **﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾** والمستثنى من جنس المستثنى منه. وأيضاً فإن الله تعالى سمّى اللعان شهادة نصاً بقوله تعالى: **﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَالخَامِسَةُ﴾** ـ أي الشهادة الخامسة: ... إلى آخر الآية». وفي جانب الزوجة، قال تعالى: **﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا العَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ بِاللهِ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ﴾** .... إلى آخر الآية، والله تعالى سمى اللعان: (شهادة بالله) تأكيداً للشهادة باليمين، فقوله (أشهد) يكون شهادة. وقوله: (بالله) يكون يميناً. وهذا مذهبنا ـ أي الحنفية ـ أن اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان.

ثانياً: وأيضاً فإن الشرع شرط في اللعان لفظ الشهادة، وهذا دليل أيضاً على أن اللعان شهادات.

٨٤٢٧ ـ توضيح تعليل الحنفية لشروطهم[١٠٣٩٥]:

وبناء على تعليل الحنفية لشروطهم، والأدلة التي ساقوها لصحة هذا التعليل، قالوا

(١٠٣٩٣) «البدائع» ج٣، ص٢٤٣.

(١٠٣٩٤) «المبسوط للسرخسي»، ج٧، ص٤٠، «البدائع» للكاساني، ج٣، ص٢٤٢.

(١٠٣٩٥) «البدائع» ج٣، ص٢٤٣.

موضحين هذا التعليل لهذه الشروط، بقولهم:

أ : أما اعتبار العقل والبلوغ في الزوجين؛ فلأنّ الصبي والمجنون ليسا من أهل الشهادة واليمين، فلا يكونان من أهل اللعان بالإجماع.

ب : وأما اعتبار الحرية؛ فلأن الرقيق ليس من أهل الشهادة، فلا يكون من أهل اللعان.

جـ : وأما اشتراط الإسلام، فلأن الكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم وإن كان المسلم من أهل الشهادة على الكافر؛ ولذلك لا يصح اللعان بين زوج مسلم وزوجته الكافرة. وإذا كانا كافرين، فالكافر وإن كان من أهل الشهادة على الكافر إلا أنه ليس من أهل اليمين بالله تعالى؛ لأنه ليس من أهل حكمها وهو كفارة اليمين، واللعان عندنا شهادات مؤكدة بالأيمان فمن لا يكون من أهل الشهادة واليمين لا يكون من أهل اللعان.

د : وأما اشتراط النطق؛ فلأن الأخرس لا شهادة له لأنه لا يتأتى منه لفظ (أشهد)؛ ولأن القذف منه لا يكون إلا بالإشارة والقذف بالإشارة يكون في معنى القذف بالكتابة، وأنه لا يوجب اللعان كما لا يوجب الحدّ.

هـ : وأما اشتراط أن لا يكون الزوجان أو أحدهما محدوداً بحدّ القذف؛ فلأن المحدود بالقذف لا شهادة له؛ لأن الله تعالى ردّ شهادته على التأبيد.

٨٤٢٨ ـ ثانياً: مذهب غير الحنفية:

والمخالفون للحنفية في معنى اللعان يخالفونهم في الشروط التي اشترطوها في الزوجين لصحة إجراء اللعان بينهما، فاللعان عند غير الحنفية: أيمان بلفظ الشهادة وبهذا قال الشافعية في القول الأصح في مذهبهم، وهو مذهب الحنابلة والظاهرية والجعفرية[١٠٣٩٦]. فمن أقوالهم ما جاء في «المغني»: «وقد اختلفت الرواية فيهما ـ أي في الزوجين ـ فروي أنه يصح من كل زوجين مكلّفين، سواء كانا مسلمين أو كافرين، أو عدلين أو فاسقين، أو محدودين في قذف أو كان أحدهما كذلك، وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك وإسحاق. وقال الإمام أحمد في رواية ابن منصور: جميع الأزواج يلتعنون: الحرّ من الحرّة والأَمَة إذا كانت زوجة، وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية. وعن أحمد رواية أخرى: لا يصح اللعان إلا من زوجين مسلمين عدلين حرّين غير محدودين في قذف، وروي هذا عن

(١٠٣٩٦) «نهاية المحتاج» ج٧، ص٩٧، «المغني» ج٧، ص٣٩٢، «المحلى» ج١٠، ص١٤٤، «كشاف القناع» ج٣، ص٢٤٤، «الروضة البهية» ج٢، ص١٨٢.

الـزهـري والثوري والأوزاعي وحماد وأصحاب الرأي[10397]، ولكن الذي استقرّ عليه الحنابلة المتأخرون ولم يذكروا غيره هو صحة اللعان بين كل زوجين مكلّفين ـ أي بالغين عاقلين ـ لما في رواية ابن منصور التي ذكرها صاحب «المغني»[10398] واحتج لها ابن قدامة بأن اللعان أيمان وأن الآية فيه تشمل جميع الأزواج والزوجات، فقد قال ابن قدامة ـ رحمه الله ـ: (ولنا) عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ الآية؛ ولأن اللعان يمين فلا يفتقر إلى ما شرطوه ـ أي ما شرطه الحنفية وخالفوا فيه غيرهم ـ، كما لا يفتقر سائر الأيمان إلى ذلك[10399].

٨٤٢٩ ـ ومن الأدلة على أن اللعان يمين قول النبي ﷺ للتي لا عنت مع زوجها: «لولا الأيمانُ لكانَ لي ولها شأنٌ»؛ ولأنه ـ أي اللعان ـ يفتقر إلى اسم الله تعالى إذ يحلف الملاعن بالله ويستوي فيه الذكر والأنثى. وأما تسميته شهادة، فلقول الملاعن في يمينه: «أشهد بالله» فسمي ذلك شهادة وإن كان يميناً كما قال الله تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ﴾[10400]. ولأن الزوج يحتاج إلى نفي نسب الولد ـ أي نفي نسب ولدها منه، فشرع له الشرع طريقاً إلى نفيه باللعان، فلا يشترط في الزوجين من الشروط ما يسد هذا الطريق كشرط كون الزوجين حرّين أو مسلمين أو عدلين، ثم قال ابن قدامة ـ رحمه الله ـ عن رواية ابن منصور عن أحمد والتي تجيز اللعان بين أي زوجين دون شروط الحنفية منها، قال: وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة وما يخالفها شاذ في النقل[10401].

٨٤٣٠ ـ سبب الخلاف في بعض الشروط:

سبب الخـلاف في بعض شروط الـزوجين ليصح منهما اللعان، أن ألفاظ اللعان تجمع وصفين: اليمين والشهادة، فقد سماه الله تعالى: «شهادة» وسماه رسول الله ﷺ: «يميناً» حيث قال ﷺ: «لولا الأيمانُ لكان لي ولها شأنٌ» فمن غلّبَ عليه معنى الأيمان، قال: يصح اللعان من كل من يصح يمينه، ومن غلّبَ عليه معنى الشهادة اشترط فيمن يصح لعانه أهليته للشهادة[10402].

(١٠٣٩٧) «المغني» ج٧، ص٣٨٢.

(١٠٣٩٨) «كشاف القناع» ج٣، ص٢٤٤.

(١٠٣٩٩) «المغني» ج٧، ص٣٩٣.

(١٠٤٠٠) [سورة المنافقون: الآية ١].

(١٠٤٠١) «المغني» ج٧، ص٣٩٣.

(١٠٤٠٢) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٩٤.

٨٤٣١ - القول الراجح :

والراجح ، أن ألفاظ اللعان أيمان وليست شهادة لما احتج به ابن قدامة - رحمه الله تعالى - وهو ما رجّحه الإمام ابن القيم واستدلّ له بمثل ما احتج به ابن قدامة، ومما قاله ابن القيم في استدلاله على أن اللعان يمين وليس شهادة: «ولأن حاجة الزوج الذي لا تصح منه الشهادة إلى اللعان ونفي الولد كحاجة من تصح شهادته، والشريعة لا تدفع ضرر أحد النوعين، وتجعل له فرجاً ومخرجاً مما نزل به وتدع النوع الآخر - وهو من لا تقبل شهادته - في الآصار والأغلال لا فرج له مما نزل به، وهذا تأباه الشريعة الواسعة الحنيفية السمحة»[10403].

٨٤٣٢ - شرط النطق عند غير الحنفية :

قلنا: إن الحنفية اشترطوا لصحة اللعان بين الزوجين أن يكونا ناطقين فلا يصح اللعان من الأخرس، فما قول غير الحنفية في شرط النطق في الزوجين ليصح منهما اللعان؟

٨٤٣٣ - أولاً: مذهب الحنابلة :

عند الحنابلة، إذا فهمت إشارة الأخرس منهما - أي الزوجين - أو كتابته، صحّ لعانه بها كالطلاق ولدعاء الحاجة، أي للحاجة إلى قبول إشارة الأخرس أو كتابته لإجراء اللعان، وإن لم تفهم إشارة الأخرس ولا كتابته، . فلا يصح لعانه. ويصح اللعان ممن اعتقل لسانه وحصل اليأس من نطقه بإشارته إن كانت مفهومة كالأخرس الأصلي فإن رجي عود نطقه بقول عدلين من أطباء المسلمين انتظر به ذلك[10405].

٨٤٣٤ - ثانياً: مذهب الجعفرية :

وقال الجعفرية: «يصح لعان الأخرس إذا كان له إشارة مفهومة كما يصح طلاقه وإقراره، ولا يصح اللعان مع عدم النطق وعدم الإشارة المعقولة»[10406]، أما الزوجة الملاعنة، فقد اشترطوا فيها: «السلامة من الصمم والخرس»[10407].

٨٤٣٥ - ثالثاً: مذهب الشافعية :

وعند الشافعية يصح القذف واللعان من الأخرس خلقة بإشارته المفهومة أو بكتابته، لأنهما

(١٠٤٠٣) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٩٤-٩٥

(١٠٤٠٥) «كشاف القناع» ج٣، ص٢٤٢.

(١٠٤٠٦) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٦.

(١٠٤٠٧) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٧.

في حقّه كالنطق من الناطق وليس كالشهادة منه لضرورته إليها دونها. وإذا عرض الخرس، فإن رجي نطقه في مدة ثلاثة أيام انتظر لنطقه فيها، فإن لم يُرجَ نطقه أو رُجي في أكثر من ثلاثة أيام فهو كالخرس الخَلْقي(١٠٤٠٨).

٨٤٣٦ - الراجح في لعان الأخرس والخرساء:

والراجح، قبول قذف ولعان الأخرس ولعان الخرساء إذا كانت إشارتهما مفهومة ويحسنان التعبير بها قذفاً ولعاناً، وكذا بكتابتهما إن كانا يحسنان الكتابة؛ لأن الحاجة قد تدعو الزوج إلى اللعان ولا سبيل إليه إلا بإشارته أو كتابته، فينبغي قبول ذلك منه كما في طلاقه. وأيضاً فإن الزوجة قد تحتاج إلى اللعان فتطلبه لتبرىء نفسها من تهمة الزنى، ولا سبيل إلى ذلك إلا باعتماد إشارتها المفهومة أو كتابتها المستبينة.

٨٤٣٧ - وقد رجح الإمام البخاري في «صحيحه» اعتبار إشارة الأخرس أو كتابته في قذفه وفي لعانه، فقد قال رحمه الله تعالى في باب اللعان من «صحيحه»: «فإذا قذف الأخرس امرأته بكتابة أو إشارة أو إيماء معروف، فهو كالمتعلم؛ لأن النبي ﷺ قد أجاز الإشارة في الفرائض، وهو قول بعض أهل الحجاز وأهل العلم، قال الله تعالى: ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا﴾ وقال الضّحاك: ﴿إِلَّا رَمْزًا﴾ إشارة. وكذلك الأصم يلاعن. وقال إبراهيم: الأخرس إذا كتب الطلاق بيده لزمه. وقال حماد: الأخرس أو الأصم إن قال برأسه جاز(١٠٤٠٩).

٨٤٣٨ - الخلاصة في شروط الزوجين لصحة لعانهما:

رجحنا قول الجمهور أن التكييف الشرعي للعان أنه يمين وليس شهادة، وعليه فمن كان أهلًا لليمين كان أهلًا للعان، وعلى هذا فيصح اللعان من كل زوجين بالغين عاقلين حرّين أو غير حرّين، مسلمين أو غير مسلمين، أو كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة، عدلين كانا أو فاسقين، محدودين بقذف أو غير محدودين بصيرين أو غير بصيرين(١٠٤١٠). أخرسيْن كانا أو ناطقيْن، إذا كانت إشارتهما مفهومة أو كان الأخرسان يحسنان الكتابة.

(١٠٤٠٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٦.

(١٠٤٠٩) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٤٣٨-٤٣٩.

(١٠٤١٠) «المحلى» ج١٠، ص١٤٣.

المطلب الرابع

شروط المقذوف فيه

٨٤٣٩ ـ المقصود بالمقذوف فيه:

نريد بالمقذوف مكان القذف، أي مكان وقوع جريمة القذف هل هو في دار الإسلام أم في دار الحرب؛ لأن الفقهاء يختلفون في وجوب عقوبة القذف إذا وقعت في دار الحرب، ولهذا الاختلاف أثره في وجوب اللعان أو جوازه.

٨٤٤٠ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

قال الإمام الكاساني الحنفي في «بدائعه»: «وأما الذي يرجع إلى المقذوف فيه، وهو المكان، فهو أن يكون القذف في دار العدل ـ دار الإسلام ـ فإن كان في دار الحرب أو في دار البغي فلا يوجب الحدّ؛ لأن المقيم للحدود هم الأئمة، ولا ولاية لإمام أهل العدل على دار الحرب ولا على دار البغي، فلا يقدر على الإقامة فيهما، فالقذف فيهما لا ينعقد موجباً للحدّ حين وجوده، فلا يحتمل الاستيفاء بعد ذلك؛ لأن الاستيفاء للواجب»[١٠٤١١].

٨٤٤١ ـ ما يترتب على قول الحنفية:

وينبني على قول الحنفية أن المسلم إذا دخل دار الحرب مع زوجته، أو دخل وحده وتزوّج هناك مسلمة وقذفها في دار الحرب ثم خرجا إلى دار الإسلام، فلا عقاب عليه ولا لعان؛ لأن قذف المسلم في دار الحرب لا يقع موجباً للحدّ؛ ولأن حكم قذف الزوج زوجته إجراء اللعان، وحيث إن القذف في دار الحرب لا يستوجب الحدّ (العقاب) فلا يستوجب اللعان؛ لأن اللعان قائم مقام حدّ القذف، قال الإمام الكاساني عن اللعان بأنه: «في جانب الزوج قائم مقام حدّ القذف، وفي جانبها ـ جانب الزوجة ـ قائم مقام حدّ الزنى»[١٠٤١٢].

٨٤٤٢ ـ ثانياً: مذهب الجمهور[١٠٤١٣]:

جاء في «المغني»: «ويجب الحدّ على القاذف في غير دار الإسلام، وبهذا قال الشافعي» والمالكية أيضاً لا يأخذون بنظرية الحنفية، فقد قالوا: إذا زنى المسلم في دار الحرب أقيم عليه

(١٠٤١١) «البدائع» ج٧، ص٤٥-٤٦.

(١٠٤١٢) «البدائع» ج٧، ص٢٤٢.

(١٠٤١٣) «البحر الزخار في فقه الزيدية وغيرهم» ج٥، ص٤٠٩. «المغني» ج٨، ص٢١٩، «المدونة الكبرى للإمام مالك» ج٤، ص٣٨٤.

الحدّ في دار الإسلام إذا قامت عليه البيّنة وكذلك الزيدية، فعندهم يؤاخذ المسلم بجرائمه التي ارتكبها في دار الحرب ـ ومنها القذف ـ إذا عاد إلى دار الإسلام.

٨٤٤٣ ـ ما يترتب على رأي الجمهور:

ومعنى ذلك، على رأي الجمهور، إذا قذف المسلم زوجته في دار الحرب وخرجا إلى دار الإسلام صحّ اللعان بينهما إذا أراده أحدهما؛ لأن مكان ارتكاب جريمة القذف لا يؤثر في ترتب آثارها، ومن هذه الآثار بالنسبة للزوجين تطبيق اللعان على قذف الزوج زوجته.

٨٤٤٤ ـ القول الراجح:

والراجح قول الجمهور، فالمسلم مؤاخذ بجرائمه في دار الحرب، فإذا عاد إلى دار الإسلام وقامت البيّنة على ارتكابه جريمة القذف عوقب عليها بحد القذف، وإن كان قد قذف زوجته أقيم عليه الحدّ إلا إذا لاعن، وإن كان سبب الحدّ أو اللعان وهو القذف قد وقع في دار الحرب؛ لأنه لا تختلف الداران في تحريم الفعل فلا تختلفان فيما يترتب عليه من آثار[١٠٤١٤].

المطلب الخامس

شروط المقذوف به

٨٤٤٥ ـ المقصود بالمقذوف به:

المقصود بالمقذوف به الذي يجري بسببه اللعان، هو أحد شيئين: (الأول) قذف الزوج زوجته بالزنى بغير نفي الولد. (الثاني): قذفها بنفي الولد ـ أي نفي نسب ولدها أو حملها منه ـ[١٠٤١٥].

ومن الواضح أن قذفها بنفي الولد يتضمن قذفها بالزنى أيضاً، أما قذفها بالزنى فقط فلا يتضمن نفي نسب ولدها أو حملها منه إلا بالقذف الصريح بذلك.

٨٤٤٦ ـ منهج البحث:

وإذا كان المقذوف به نوعين كما ذكرنا، فقد يكون من المناسب أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

(١٠٤١٤) «المهذب» للشيرازي، ج٢، ص٢٥٨، مطبعة مصطفى محمد (المتن فقط).

(١٠٤١٥) «البدائع» ج٣، ص٢٣٩.

الفرع الأول: المقذوف به زنى (بغير نفي الولد أو الحمل).
الفرع الثاني: المقذوف به نفي الولد أو الحمل.

الفـرع الأول

المقذوف به زنى فقط

٨٤٤٧ ـ شروط هذا النوع من المقذوف به:

إذا كان المقذوف به زنى فقط ـ أي بغير نفي الولد أو الحمل أي بغير نفي نسبهما منه ـ فالشرط في هذا المقذوف به أن يكون فعلاً يعتبر شرعاً أنه (زنى)، وأن يكون بلفظ يدل على ذلك. وعلى هذا يمكن أن نجعل شروط المقذوف به نوعين من الشروط: (الأول) شروط تتعلق باللفظ. (الثاني) شروط تتعلق بالفعل المقذوف به، والتي يعتبر بها الفعل زنى.

٨٤٤٨ ـ أولاً: ما يتعلق بلفظ المقذوف به:

المقذوف به هو (الزنى)، فيجب أن يكون القذف بلفظ صريح في دلالته على الزنى كقول الزوج لزوجته: يا زانية، أو أنت زنيت، أو رأيتك تزنين، ونحو ذلك من الألفاظ الصريحة في دلالتها على الزنى. فإذا قذفها بألفاظ الكناية كقوله لها: يا فاسقة، أو يا خبيثة، مما يحتمل إرادة الزنى وغيره، فلا يعتبر هذا القول قذفاً بالزنى، وبالتالي لا يستوجب حدّ الزنى ولا إجراء اللعان.

وكذلك لا يعتبر (التعريض) الزنى الزوجة قذفاً لها بالزنى؛ لأن التعريض ليس صريحاً في دلالته على الزنى، فهو من هذه الناحية كألفاظ الكناية إن لم يكن أقل من الكناية رتبة في الدلالة على الزنى[١٠٤١٦].

٨٤٤٩ ـ واشترط المالكية مع اللفظ الصريح في القذف بالزنى أن يبني الزوج قذفه على الرؤية العينية لفعل الزنى: بأن يرى آلة الزاني داخلة في فرج زوجته، فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «إنما يلاعن زوج وإن فسد نكاحه، تيقنه بأن رآه رأي المرود في المكحلة ـ أي رأى آلة الزاني داخلة في فرج امرأته دخول الميل في المكحلة ـ، فلا يعتمد على ظن أو شك..»[١٠٤١٧].

(١٠٤١٦) «البدائع» ج٧، ص٤٢، «المغني» ج٨، ص٢٢٠، «كشاف القناع» ج٤، ص٦٥، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٩٨، ١٠٠. ومن (التعريض) قول الزوج لزوجته: أنا أغبط كل زوج لا تزني زوجته. أو قوله لها: إن السعيد من لا تزني زوجته.

(١٠٤١٧) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٥٧-٤٥٨.

٨٤٥٠ ـ ومذهب الجعفرية كمذهب المالكية، فقد جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «ولا يترتب اللعان به ـ أي بالقذف ـ إلا على رمي الزوجة المحصنة المدخول بها، بالزنى قُبلاً أو دُبراً مع دعوى المشاهدة وعدم البيّنة، ولو رمى الأجنبية تعين الحدّ ولا لعان، وكذا لو قذف الزوجة ولم يدّعِ المشاهدة»[١٠٤١٨].

٨٤٥١ ـ القول الراجح:

والراجح الاكتفاء بشرط اللفظ الصريح في الزنى دون اشتراط رؤية فعل الزنى؛ لأن سبل العلم بالشيء غير مقصورة على الرؤية العينية، فمن سبل العلم بالشيء القرائن المعتبرة، وإخبار الثقات، وشيوع الأمر واشتهاره وغير ذلك. ثم إن اللعان إنما شرعه الله تعالى؛ ليكون فرجاً ومخرجاً للزوج الذي ابتلي بارتكاب زوجته فعل الفاحشة، فإذا اشترطنا لغرض اعتبار قذفه ابتناءهُ على الرؤية العينية لفعل الزنى، كان ذلك تعجيزاً له وتضييقاً عليه، وما شرع اللعان لهذا. وأيضاً فإن آية اللعان لم تشترط هذا الشرط، وإنما رتبت اللعان على قذف الزوج لزوجته دون اشتراط للتحري أو السؤال عن الأساس الذي أقام الزوج عليه قذفه، قال تعالى: **﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّه لَمِنَ الصَّادِقِينَ. .﴾** الآية وإذا كان الزوج كاذباً في قذفه، فهو المسؤول عن ذلك أمام الله تعالى وسيصيبه اللعن الذي دعاه لنفسه في لعانه إن كان كاذباً.

٨٤٥٢ ـ ثانياً: ما يشترط في الفعل المقذوف به:

المقذوف به هو «الزنى» فيشترط، إذن، في الفعل المقذوف به أن يكون (زنى) حسب المفهوم الشرعي للزنى وهو الذي يستوجب حدّ الزنى، فإذا لم يوصف الفعل بأنه زنى شرعاً، أو لم يستوجب الحدّ الشرعي للزنى، فإن القذف به لا يعتبر قذفاً بالزنى، وبالتالي لا يجب فيه حدّ القذف، ولا يجري به اللعان.

٨٤٥٣ ـ القاعدة فيما يشترط في المقذوف به:

والقاعدة التي ترجع إليها الشروط في المقذوف به هي: كل ما يجب حدّ الزنى بفعله، يجب حدّ القذف بالقذف به. وكل مالا يجب حدّ الزنى بفعله، لا يجب حدّ القذف بالقذف به[١٠٤١٩].

(١٠٤١٨) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٣.

(١٠٤١٩) «البدائع» ج٣، ص٤٢، المغني، ج٧، ص٢٢٠.

٨٤٥٤ ـ أقوال الفقهاء في شروط المقذوف به:

وأقوال الفقهاء المتفق عليها والمختلف فيها في شروط المقذوف به كلها تندرج في القاعدة التي ذكرناها، فاختلافهم في شرط من شروط المقذوف به يرجع إلى اختلافهم في اعتباره شرطاً من شروط الفعل الذي يعتبر زنى. من ذلك قول الكاساني في «بدائعه»: «ولو قذفها بعمل قوم لوط فلا لعان ولا حدّ في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يجب اللعان، بناء على أن هذا الفعل ليس بزنى عنده فلم يوجد القذف بالزنا عنده، وعندهما هو زنى»[١٠٤٢٠] وكذلك لو قذفها زوجها بالسحاق (وهو إتيان المرأة المرأة) فلا يعتبر هذا قذفاً مستوجباً حدّ القذف، فلا يجري فيه اللعان؛ لأن هذا الفعل (السحاق) لا يعتبر زنى مستوجباً حدّ الزنى[١٠٤٢١]. وكذلك لو قذفها بالزنى مكرهة لم يكن قذفه قذفاً مستوجباً حدّ القذف فلا يجري فيه اللعان؛ لأن زنى المرأة بإكراه لا حدّ فيه عليها[١٠٤٢٢] وكذلك لو قذفها بأنها مكّنتْ حيواناً من وطئها فلا يعتبر ذلك قذفاً بالزنى فلا يجري فيه اللعان؛ لأن هذا الفعل ـ تمكين الحيوان من وطئها ـ لا يعتبر بذاته زنى يجب فيه حدّ الزنى[١٠٤٢٣].

الفرع الثاني

المقذوف به نفي الولد أو الحمل

٨٤٥٥ ـ المقصود بهذا النفي:

والمقصود بهذا النفي نفي ولدها أو حملها منه أي نفي نسبهما من الزوج القاذف، جاء في «البدائع» للإمام الكاساني: «وأما سبب وجوب اللعان فالقذف بالزنى وأنه نوعان: (أحدهما): بغير نفي الولد. (والثاني): بنفي الولد. وأما الذي بنفي الولد، فهو أن يقول لامرأته هذا الولد من الزنى. أو يقول: هذا الولد ليس مني»[١٠٤٢٤]. وقد يستعمل الفقهاء، عبارة (نفي النسب) في اللعان ويريدون بهذه العبارة نفي نسب ولد الزوجة أو حملها ـ أي نفي انتسابهما إلى الزوج القاذف ـ، فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «ويكون اللعان إما لنفي

(١٠٤٢٠) «البدائع» ج٣، ص٤٢.

(١٠٤٢١) «المغني» ج٨، ص١٨٩.

(١٠٤٢٢) «كشاف القناع» ج٤، ص٥٨، «المغني» ج٧، ص٤٢٧، «مغني المحتاج» ج٤، ص١٤٥.

(١٠٤٢٣) «كشاف القناع» ج٤، ص٥٧، «المغني» ج٤، ص١٤٤، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٢٣.

(١٠٤٢٤) «البدائع» ج٣، ص٢٣٩.

النسب، أو لرؤيتها تزني) وقال الدسوقي تعليقاً على قول الدردير «إما لنفي النسب»: أي لنفي حمل أو ولد[10425].

٨٤٥٦ ـ صيغة القذف بنفي الولد:

يشترط في القذف بنفي النسب أن يكون بالصيغة الدالة عليه، وأن تكون هذه الدلالة صريحة، كما لو قال لزوجته مشيراً إلى ولدها: هذا الولد من الزنى. أو يقول عنه: هذا الولد ليس مني[10426].

٨٤٥٧ ـ التعريض بنفي الولد:

التعريض بنفي نسب ولده منه لا يعتبر قذفاً لزوجته بنفي ولدها منه. والدليل على ذلك الحديث الصحيح الذي أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: «جاء رجل من بني فزارة إلى النبي ﷺ فقال: إن امرأتي ولدت غلاماً أسود، فقال النبي ﷺ هل لك من إبل؟ قال: نعم. قال ما ألوانها؟ قال حمر. قال: هل فيها من أورق؟ قال إن فيها لورقا. قال فأنى أتاها ذلك؟ قال عسى أن يكون نَزَعَهُ عِرقٌ. قال: وهذا عسى أن يكون قد نزعه عرق»[10429].

٨٤٥٨ ـ شرح حديث التعريض بنفي الولد:

وجاء في شرح هذا الحديث الشريف ما يأتي: (الأورق) هو الذي فيه سواد ليس بصاف. و(نزعه عرق) العرق ها هنا الأصل من النسب، وأصل النزع الجذب. والمعنى أن لونه إنما جاء لأنه موجود في أصوله البعيدة. وقوله: «وهذا قد نزعه عرق» أي الولد الأسود، أي عسى أن يكون في أصولك أو في أصول امرأتك من يكون في لونه سواد فأشبهه واجتذبه إليه وأظهر لونه عليه، أي ظهر لون هذا الأصل البعيد وهو السواد على ولده فظهر بهذا اللون الأسود[10430].

٨٤٥٩ ـ وقال الإمام النووي: وفي هذا الحديث أن التعريض بنفي الولد ليس نفياً، وأن

(١٠٤٢٥) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٥٧.

(١٠٤٢٦) «البدائع» ج٣، ص٢٣٩ـ٢٤٠.

(١٠٤٢٩) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٤٤٢، «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص٥٣٣.

(١٠٤٣٠) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٣٤٩ـ٣٥٠.

التعريض بالقذف ليس قذفاً، وهو مذهب الشافعي وموافقيه[10431]، بل هو قول الجمهور، فقد قال ابن حجر العسقلاني في شرحه لهذا الحديث: «ويؤخذ منه أنَّ التعريض بالقذف ليس قذفاً، وبه قال الجمهور».

٨٤٦٠ ـ إنكار الولادة ونفي الولد:

وإنكـار الولادة لا يعتبر نفياً للنسب ولا يستوجب اللعان، ويمكن للزوجة أن تثبت واقعة الـولادة بشهادة القابلة، فيثبت نسب الولد من زوجها. ولكن إذا نفى الزوج الولد بعد الولادة وإقـراره بهـا أو بعد شهادة القابلة على الولادة، كان نفيه للولد في هذه الحالة قذفاً يستوجب اللعان. فقد جاء في «البدائع» للكاساني: «ولو جاءت زوجته بولد فقال لها: لم تلديه لم يجب اللعان لعدم القذف؛ لأنه أنكر الولادة، وإنكار الولادة لا يكون قذفاً. فإن أقرّ بالولادة أو شهدت القابلة على الولادة، ثم قال بعد ذلك: «ليس بابني» وجب اللعان لوجود القذف»[10432].

٨٤٦١ ـ أقوال الفقهاء في نفي الحمل:

اختلف الفقهاء في قذف الزوج زوجته بنفي حملها أي بنفي نسب حملها منه، وهل يجري اللعان بهذا القذف أم لا؟ ووقت إجراء اللعان إن كان يجري في هذا القذف، ونذكر أقوالهم فيما يلي:

٨٤٦٢ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

قالـوا: لو قال لزوجتـه وهي حامـل: «ليس هذا الحمـل مني» لم يجب اللعان في قول أبي حنيفة وزفر لعدم القذف بنفي الولد. وقال أبو يوسف ومحمد إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت القذف وجب اللعان بعد الوضع، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يجب اللعان. (وجه) قولهما، أنه إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت القذف، فقد تيقنا بوجوده في بطنها وقت القذف. وإذا ولدته لأكثر من ستة أشهر لم نتيقن بوجوده عند القذف لاحتمال حدوثه بعد القذف، والقذف المعتبر هو ما صادف وجود الحمل في بطنها لا مالم يصادفه. (وجه) قول أبي حنيفة وزفر، أن القذف بنفي الحمل لو صحّ، إما أن يصح باعتبار الحال أو باعتبار المآل. لا وجه للأول؛ لأنه لا يعلم وجوده للحال لجواز أنه ريح لا حمل. ولا سبيل إلى اعتبار المآل أي اعتباره حملاً مستقبلاً؛ لأنه يصير في معنى التعليق بالشرط كأنه قال: إن كنتِ حاملاً فأنت زانية،

(١٠٤٣١) «شرح النووي لصحيح مسلم» ج١٠، ص١٣٤.

(١٠٤٣٢) «البدائع» ج٣، ص٢٣٩-٢٤١.

والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط[10433].

٨٤٦٣ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة:

ذهب الإمام الخرقي الحنبلي وجمع من الحنابلة إلى أن نفي الزوج حمل زوجته غير معتبر، فلا ينتفي حملها بنفيه قبل الوضع، وإنما ينتفي بنفيه بعد أن يلاعنها بعد الوضع، فينتفي عند ذلك. وحجتهم أن الحمل غير مستيقن الوجود وقت القذف، فقد يكون انتفاخ بطن المرأة عن ريح لا عن حمل، فيصير نفي الزوج له كأنه نفي مشروط بوجوده، ولا يجوز تعليق القذف واللعان بشرط[10434] وذهب ابن قدامة الحنبلي إلى القول بصحة نفي الحمل، وينتفي عن الزوج القاذف بهذا النفي وباللعان وهو حمل، وقال ابن قدامة: «وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر الأحاديث، وما خالف الحديث لا يُعَبأ به كائناً ما كان»[10435].

٨٤٦٤ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية:

يصح نفي الحمل ويلاعن لنفيه وهو حمل قبل الوضع لحديث هلال بن أمية حيث لاعن على نفي حمل زوجته، فنفاه عنه النبي ﷺ. ويجوز للزوج أن يؤخر القذف واللعان إلى أن تضع الزوجة حملها، لاحتمال أن يكون انتفاخ بطنها عن ريح لا عن حمل، فيؤخر نفيه له حتى يلاعن عن يقين[10436].

٨٤٦٥ : رابعاً: مذهب المالكية[10437]:

يصح نفي الحمل وإجراء اللعان بسببه إذا اعتمد الزوج في نفيه ولعانه على إحدى هذه الحالات، حتى لو مات الحمل أو ماتت الزوجة، وفائدته في هذه الحالة سقوط الحدّ عنه بالقذف، وهذه الحالات هي:

أ : إذا لم يطأها أصلاً بعد عقد النكاح، أو وطأها وولدته بعد الوطء لمدة لا يلتحق الولد فيها بالزواج لقصر المدة، كما لو وطأها وجاءت بولد بعد خمسة أشهر أو أقل من وقت وطئها،

(١٠٤٣٣) «البدائع» ج٣، ص٢٤٠، «المبسوط» للسرخسي، ج٧، ص٤٤ـ٤٥، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٥٩.

(١٠٤٣٤) «المغني» ج٧، ص٤٢٣.

(١٠٤٣٥) «المغني» ج٧، ص٤٢٣.

(١٠٤٣٦) «المهذب للشيرازي وشرحه المجموع» ج١٦، ص٤١٥.

(١٠٤٣٧) «الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي» ج١، ص٤٩٢-٤٩٣.

فيعتمد الزوج على هذه الحالة، ويتيقن أن الحمل ليس منه فينفيه ويلاعن. ومن الواضح أن هذه الحالة تعني صحة النفي ولكن اللعان يجري بعد الوضع وليس قبله.

ب : أن يكون قد وطأها وولدت بعد خمس سنوات من يوم الوطء فلا يلحق به ويعتمد الزوج على هذه الحالة ويلاعن لنفيه عنه.

جـ : أو يكون قد وطأها واستبرأها بحيضة بعد الوطء أو وضع الحمل، وولدت بعد ستة أشهر من يوم الاستبراء بالحيضة أو بالوضع، فيعتمد الزوج على ذلك ويلاعن لنفيه إذ هو ليس منه قطعاً، ولا ينتفي الحمل بغير اللعان.

د : فإن لاعن لنفيه من غير اعتماد على إحدى الحالات الذي ذكرناها، كان نفيه غير معتبر، ولعانه باطلاً، ولم ينتف منه.

٨٤٦٦ ـ خامساً: مذهب الزيدية:

وعندهم، يصح من الزوج نفي حمل زوجته حال الحمل إن وضعت ذلك الحمل لدون أدنى مدته، فإذا ولدت لدون ستة أشهر من يوم النفي انكشف صحة ذلك النفي، وإن وضعت لأكثر من ستة أشهر بطل النفي. على أن اللعان لا يصح قبل الوضع، وإن صحّ النفي إذا ولدته لدون ستة أشهر وقال بعض الزيدية: يصح نفي الحمل واللعان حال الحمل مشروطاً بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر، وصورته أن يقول في لعانه: والله إنّي لصادق فيما رميتكِ به من نفي الحمل إن أتيت به لدون ستة أشهر. وحجة هذا القول ظاهر حديث هلال حيث لاعن مع زوجته وهي حامل[١٠٤٣٨].

٨٤٦٧ ـ سادساً: مذهب الجعفرية:

جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «ولا يثبت اللعان بإنكار الولد حتى تضعه لستة أشهر فصاعداً من حين وطئها ما لم يتجاوز حملها أقصى مدة الحمل، وتكون موطوءة بالعقد الدائم. ولو ولدته تاماً لأقل من ستة أشهر لم يلحق به، وانتفى عنه بغير لعان. ولو أمسك عن نفي الحمل حتى وضعت، جاز له نفيه بعد الوضع»[١٠٤٣٩].

٨٤٦٨ ـ القول الراجح:

والراجح، يصح قذف الزوج زوجته بنفي حملها حال حملها، كما يصح لعانه معها وهي

(١٠٤٣٨) «شرح الأزهار» ج٣، ص٥٢٠ـ٥٢١.

(١٠٤٣٩) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٤، ٩٥.

حامل لنفي حملها ـ أي لنفي نسب حملها منه ـ والدليل على ذلك الحديث الذي أخرجه الإمام مسلم في «صحيحه» عن حرملة بن يحيى عن سهل بن سعد الأنصاري، أنَّ عويمر العجلاني أتى رسول الله ﷺ وسط الناس فقال: يا رسول الله، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: قد نزل فيك وفي صاحبتك ـ أي زوجتك ـ فاذهب فأتِ بها. قال سهل: فتلاعنا، وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلما فرغا ـ أي من اللعان ـ قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلق ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ. وكان فراقه إياها بعدُ سُنَّةً في المتلاعنين، قال سهل: وكانت ـ أي زوجة عويمر التي لاعنها ـ حاملاً، وكان ابنها يدعى إلى أمه، ثم جرت السنة أنه يرثها وترث منه ما فرض الله لها»[10440].

وقول سهل راوي الحديث «وكانت حاملاً» صريح في جواز القذف بنفي الحمل وإجراء اللعان والزوجة حامل، وبهذا صرح الإمام النووي وهو يشرح هذا الحديث، حيث قال رحمه الله تعالى: «فيه جواز لعان الحامل، وأنه إذا لاعنها ونفى عنه نسب الحمل انتفى عنه، وأنه يثبت نسبه من الأُم ويرثها وترث منه ما فرض الله للأم»[10441].

٨٤٦٩ ـ أحاديث أبي داود في نفي الحمل:

وروى أبو داود حديث عويمر العجلاني وملاعنته مع زوجته وهي حامل في روايات متعددة[10442] كما روى الإمام أبو داود في «سننه» قصة ملاعنة هلال بن أمية مع زوجته وهي حامل عن ابن عباس، وقد جاء فيها: «أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء، فقال النبي ﷺ: «البينة أو حدٌ في ظهرك. فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا رجلاً على امرأته يلتمس البيِّنة؟ فجعل النبي ﷺ يقول: البيِّنة أو حدٌّ في ظهرك. فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبياً إني لصادق ولينزلنَّ الله في أمري ما يبرىء به ظهري من الحدّ، فنزلت: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ . .﴾ الآيات، فانصرف النبي ﷺ فأرسل إليهما فجاءا، فقام هلال بن أمية فشهد ـ أي لاعن ـ والنبي ﷺ يقول: الله يعلم أنَّ أحدكما كاذب، فهل منكما من تائب؟ ثم قامت فشهدت ـ أي لاعنت ـ فلما كانت عند الخامسة ﴿أَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ وقالوا لها: إنها موجبة ـ أي موجبة لغضب الله عليها إن كانت كاذبة ـ قال ابن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها سترجع، فقالت: لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت ـ أي جاءت

(١٠٤٤٠) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص١٢٢-١٢٣.

(١٠٤٤١) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص١٢٣.

(١٠٤٤٢) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٣٣٦، ٣٣٩.

بالشهادة الخامسة ـ فقال النبي ﷺ: أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء. فجاءت به كذلك، فقال النبي ﷺ لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»(١٠٤٤٣).

وهذا الحديث صريح في إجراء اللعان لنفي الحمل والزوجة حامل.

٨٤٧٠ ـ أقوال الفقهاء في نفي الولد بعد ولادته:

فإذا انفصل الحمل عن أمه، وأراد الزوج أن ينفيه ـ أي ينفي نسبه عنه ـ فهل يصح نفيه؟ وما هي الشروط لصحة نفيه؟ وهل لهذا النفي وقت محدود؟ لا يجوز النفي ولا اللعان بعد هذا الوقت؟ هذا ما بيَّنه في الفقرات التالية بذكر أقوال الفقهاء في هذه المسألة.

٨٤٧١ ـ أولاً: مذهب الحنفية(١٠٤٤٤):

قالـوا: يشترط لنفي الولد، أي لنفي نسبه من الزوج القاذف، جملة شروط ليصح النفي وينقطع النسب باللعان، وهذه الشروط هي:

٨٤٧٢ ـ الشرط الأول: وقوع النفي في وقته:

أ : إذا كان الزوج حاضراً:

أن يكـون القذف بنفي الولد بحضرة ولادته أو بعدها بيوم أو يومين أو نحو ذلك من مدة تحدث فيها التهنئة بالمولود أو شراء آلات الولادة عادة. فإن نفاه بعد ذلك لا ينتفي، بمعنى لا يصح نفيه ولا يجري اللعان بسبب نفيه لعدم صحة هذا النفي. ولم يوقِّت أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ لذلك وقتاً، وروي عنه أنه وقَّت له سبعة أيام. وأبو يوسف ومحمد وقَّتاه بأكثر مدة النفاس

(١٠٤٤٣) «عـون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٣٤١ـ٣٤٣. وجاء في شرحه في «عون المعبود» ج٦، ص٣٤٢ـ٣٤٣: (فتلكأت) أي رجعت وتأخرت. والمعنى أنها سكتت بعد الشهادة الرابعة. وقول الراوي (أنها سترجع) أي عن مقالها في تكذيب الزوج، ودعوى البراءة عما رماها به. وقولها (سائر اليوم) أي في جميع الأيام، وأريد باليوم، هنـا: الجنس، وكلمة (سائر) كما تطلق للباقي تطلق أيضاً للجميع. قوله (أبصروها) أي انظروا وتأملوا فيما تأتي من ولدها.

(أكحل العينين) أي الذي يعلو جفون عينيه سواد مثل الكحل من غير اكتحال.

(سابغ الاليتين) أي عظيمهما. (خدلج الساقين) أي سمينهما، وقوله (لولا ما مضى من كتاب الله) أي لولا ما سبق من حكمه يدرء الحدّ عن المرأة بلعانها.

(١٠٤٤٤) «البدائع» ج٣، ص٢٤٦ـ٢٤٧، «المبسوط» ج٧، ص٤٦ـ٤٧. «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٦٠ـ٢٦١.

وهو أربعون يوماً. (وجه) قولهما، أن النفاس أثر الولادة، فيصح نفي الولد ما دام أثر الولادة. (وجه) قول أبي حنيفة، أن هذا أمر يحتاج إلى التأمل، فلا بدّ له من زمان التأمل، وأنه يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، وتعذر التوقيت فيه فيُحكَّم فيه العادة من قبول التهنئة وابتياع آلات الولادة أو مضي مدة يفعل فيها ذلك عادة، فلا يصح نفيه بعد ذلك.

٤٨٧٣ ـ ب : إذا كان الزوج غائباً:

وإذا كان الزوج غائباً ولم يعلم بولادة زوجته حتى قدم أو بلغه خبر الولادة وهو غائب، فله ـ عند أبي حنيفة ـ أن ينفيه في مقدار مدة تهنئته بالمولود أو ابتياع آلات الولادة. وعند أبي يوسف ومحمد في مقدار مدة النفاس بعد قدومه أو بلوغه خبر الولادة؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به. وعن أبي يوسف إن قدم قبل أن تمضي مدة الفطام، فله أن ينفيه إلى أربعين يوماً، وإن قدم بعدها ـ أي بعد أن مضت مدة الفطام ـ فليس له أن ينفيه أصلاً؛ لأنه لو جاز ذلك لجاز بعد أن صار شيخاً وهو قبيح.

٨٤٧٤ ـ الشرط الثاني: عدم إقرار الزوج بنسب الولد:

أن لا يسبق النفي من الزوج ما يكون إقراراً منه بنسب الولد لا نصاً ولا دلالة، فإن سبق هذا الإقرار نفيه لا يقطع النسب بنفيه اللاحق لإقراره؛ لأن النسب بعد الإقرار به لا يحتمل النفي بوجه، لأنه لما أقرَّ به فقد ثبت نسبه، والنسب حقّ الولد، فلا يملك الرجوع عنه بالنفي.. والإقرار بنسب الولد نصاً مثل أن يقول: هذا ولدي أو هذا الولد مني. والإقرار دلالة مثل أن يسكت إذا هنأه الناس بولادته ولا يرد على المهنىء؛ لأنَّ العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه عادة، فكان سكوته والحالة هذه اعترافاً بنسب الولد منه، فلا يملك نفيه بعد الاعتراف.

٨٤٧٥ ـ إذا ولدت الزوجة ولدين وأقرّ بأحدهما:

فإن جاءت الزوجة بولدين في بطن فأقرّ بأحدهما ونفى الآخر، ينظر: فإن أقرَّ بالأول ونفى الثاني لاعن، فإن تمت الملاعنة بلعان الزوجة، لزمه الولدان جميعاً وثبت نسبهما منه، وتعليل ذلك: أن إقراره بالأول إقرار بالثاني؛ لأن الحمل حمل واحد فلا يتصور ثبوت بعض نسب الحمل دون بعض، كالواحد أنه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض، فإذا نفى الثاني فقد رجع عما أقرَّ به، والنسب المُقرَّ به لا يحتمل الرجوع عنه فلم يصح نفيه فيثبت نسبهما جميعاً. وإنما يلاعن الزوج؛ لأن من أقرّ بنسب ولد ثم نفاه يلاعن، وإن كان لعانه لا يقطع نسب الولد منه؛ لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان التي لا تنفك عنه، بل يمكن أن ينفصل عنه ألا ترى أنه شرع اللعان في المقذوفة بغير ولد. وأيضاً فإن اللعان وجب؟ لأنه لما أقرّ بالأول فقد

وصف امرأته بالعفة، ولما نفى الولد الثاني فقد وصفها بالزنى، ومن قال لامرأته: أنت عفيفة، ثم قال لها: أنت زانية فإنه يلاعن.

وإن نفى الولد الأول وأقرّ بالثاني وجب عليه حدّ القذف، ولا لعان بينه وبين زوجته وثبت نسب الولدين منه. أما ثبوت نسب الولدين؛ فلأن نفي الأول وإن تضمن نفي الثاني إلا أن الإقرار بالثاني يتضمن الإقرار بالأول، فيصير مكذباً نفسه ومن وجب عليه اللعان إذا أكذب نفسه يجب عليه حدّ القذف، وإذا حُدَّ لا يلاعن؛ لأن الحدّ واللعان لا يجتمعان؛ ولأنه لما نفى الأول فقد قذفها بالزنى فلما أقرّ بالثاني فقد وصفها بالعفة، ومن قال لزوجته أنت زانية ثم قال لها أنت عفيفة، فإنه يُحدُّ حدَّ القذف ولا يلاعن.

٨٤٧٦ ـ الشرط الثالث عند الحنفية:

أن يكون الولد حيّاً وقت قطع النسب وهو وقت التفريق بين الزوجين بعد الفراغ من لعانهما، فإن لم يكن حيّاً لا يقطع النسب من الزوج القاذف الملاعن؛ لأن النسب يتقرر بالموت فلا يتحمل الانقطاع، ولو جاءت بولد فمات ثم نفاه الزوج فإنه يلاعن، ولكن يلزمه الولد أي يثبت نسبه منه؛ لأن النسب يتقرر بالموت كما قلنا فلا يحتمل الانقطاع. وإنما كان للزوج القاذف أن يلاعن لدرء الحدّ عنه لوجود القذف بنفي الولد، وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان الحتمية. وكذلك إذا جاءت الزوجة بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان، فإن الزوج يلاعن ويلزمه الولد أي يثبت نسبه منه.

٨٤٧٧ ـ تصديق الزوجة زوجها في نفي الولد:

وإذا نفى الزوج نسب الولد فصدقته زوجته بهذا النفي، لا ينقطع نسب الولد عن أبيه (الزوج القاذف)؛ وذلك لتعذر اللعان لما فيه من التناقض. ووجه التناقض أنها تشهد في لعانها أن زوجها من الكاذبين، وقد قالت إنه صادق. وإذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب؛ لأنه حكمه ويكون الولد ولدهما، ولا يصدقان على نفيه؛ لأن النسب قد ثبت، والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع إلا باللعان ولم يوجب ولا يعتبر تصادقهما على النفي؛ لأن النسب يثبت حقّاً للولد وفي تصادقهما على النفي إبطال حقّ الولد، وهذا لا يجوز.

٨٤٧٨ ـ ثانياً: مذهب الشافعية[١٠٤٤٥].

(١٠٤٤٥) «نهاية المحتاج» ج٧، ص١١٦، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٠-٣٨١، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٤١٥-٤١٦.

والشروط المعتبرة عند الشافعية لصحة نفي الولد وإجراء اللعان بسبب هذا النفي هي ما يأتي:

٨٤٧٩ ـ الشرط الأول عند الشافعية:

يشترط في الولد المراد نفيه إمكان أن يكون ولد للنافي، فيصح النفي في هذه الحالة ويترتب عليه اللعان، أما إذا استحال ذلك فلا اعتبار لنفيه وبالتالي لا يترتب عليه لعان كما لو جاءت الزوجة بولد لأقل من ستة أشهر من وقت عقد النكاح.

٨٤٨٠ ـ الشرط الثاني:

ويشترط أن يكون نفي الولد على الفور أي من وقت ولادة زوجته؛ لأنه شرع لدفع ضرر محقق، فكان على الفور. ويعذر في التأخير لعذر مقبول كأن يبلغه خبر الولادة ليلاً فيؤخر نفيه حتى يصبح ليذهب إلى القاضي ويعلمه بنفيه نسب الولد، ويطلب إجراء اللعان لأجل ذلك.

ومن أخر النفي مدّعياً جهله بولادة زوجته صُدِّق بيمينه إذ أمكن ذلك الجهل عادة كأن كان غائباً، أو حاضراً وكان يقيم مع إحدى زوجتيه وولدت زوجته الأخرى في دارها الأخرى.

٨٤٨١ ـ الشرط الثالث:

أن لا يصدر من الزوج اعتراف بالولد الذي ولدته زوجته لا صراحة ولا دلالة، ومن ذلك أن يقال له على وجه التهنئة: متعك الله بولدك، أو جعله الله لك ولداً صالحاً، فيقول الزوج مجيباً: آمين. فهذا الجواب يتضمن رضاه بالولد واعترافه به.

٨٤٨٢ ـ إذا ولدت الزوجة ولدين توأمين:

وإذا ولدت الزوجة ولدين توأمين وانتفى الزوج عن أحدهما وأقرّ بالآخر أو ترك نفيه من غير عذر، لحقه الولدان كلاهما؛ لأنهما حمل واحد فلا يجوز أن يلحقه أحدهما دون الآخر. أما لماذا جعلنا الولد المنفي تابعاً للولد المُقرّ به، وبالتالي لحقه الاثنان، ولم نجعل المُقرّ به تابعاً للمنفي حتى ينتفي الاثنان عنه؟ فالجواب: لأن النسب يحتاط لإثباته ولا يحتاط لنفيه، ولهذا إذا ولدت ولداً يمكن أن يكون منه ويمكن أن لا يكون منه، ألحقناه به احتياطاً لإثباته ولم ننفه احتياطاً لنفيه.

٨٤٨٣ ـ لا يشترط لنفي الولد أن يكون حيّاً:

وليس من شروط صحة نفي الولد أن يكون حيّاً فيجوز نفيه ميتاً، فإذا ولدت الزوجة ولداً ومات بعد ولادته، فللزوج نفيه؛ لأن نسبه منه إذا لم ينفه لا ينقطع بالموت، ولهذا يقال: مات

ولد فلان. وإذا قيل ما فائدة نفيه بعد موته؟ أجاب الشافعية: فائدته إسقاط مؤونة تجهيزه عن الزوج.

٨٤٨٤ ـ لا يشترط لعان الزوجة لنفي الولد إذا لاعن الزوج:

ولا يشترط أن تلاعن الزوجة لنفي الولد، فلو لاعن الزوج ولم تلاعن الزوجة انتفى نسب الولد من الزوح الملاعن؛ لأن الولد ينتفي نسبه عن الزوج إذا لاعن سواء لاعنت الزوجة أو لم تلاعن.

٨٤٨٥ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة[١٠٤٤٦]:

وشروط نفي الولد لانتفاء نسبه عن الزوج الذي نفاه بعد إجراء اللعان هي ما يأتي:

٨٤٨٦ ـ الشرط الأول:

يشترط لصحة نفي الولد وترتب إجراء اللعان على هذا النفي، إمكان أن يكون هذا الولد من الزوج النافي، فإن لم يمكن تصور ذلك لم يصح النفي ولم يثبت اللعان بناء على هذا النفي؛ لأن هذا الولد لا يلحق نسبه بالزوج دون حاجة إلى نفيه ودون حاجة إلى لعان، كما لو جاءت به أقل من ستة أشهر من تاريخ عقد النكاح. وفي هذا المعنى قال ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ: «فلا يلحق به في قول كل من علمنا قوله من أهل العلم لأننا علمنا أنها علقت به قبل أن يتزوجها»[١٠٤٤٧] لأنها ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد النكاح، وأقل مدة الحمل ستة أشهر كما هو معلوم.

٨٤٨٧ ـ الشرط الثاني:

أن ينفيه الزوج حال علمه بولادته من غير تأخير إذا لم يكن له عذر في التأخير؛ لأن تأخير نفيه دليل إقراره به، ولا يتقدر التأخير بوقت محدد كثلاثة أيام أو يومين، بل هو على ما جرت به العادة، فإن كان ليلاً أي علم بالولادة ليلاً، فحتى يصبح وينتشر الناس، وإن كان جائعاً فحتى يأكل، وإن كان ناعساً فحتى ينام ويستيقظ، ويلبس ثيابه ويسرج دابته ويصلي إن حضرت الصلاة، ويحرز ماله إن كان ماله غير محرز وأشباه هذا من أشغاله؛ لأن قيامه بما ذكرنا لا يدل على إعراضه عن إعلان نفيه لجريان العادة على تقديم هذه الأمور على إعلان نفيه. فإن أخرّ نفيه بعد هذا التأخير الذي جرت به العادة لم يكن له نفيه، وإن نفاه لم يعتبر نفيه؛ لأن تأخير

(١٠٤٤٦) «المغني» ج٧، ص٤١٨ـ٤٢٦، «كشاف القناع» ج٣، ص٢٥١ـ٢٥٢.

(١٠٤٤٧) «المغني» ج٧، ص٤٢٤.

إعلان نفيه دليل على إعراضه عن النفي وهذا دليل على إقراره واعترافه بالولد، ومن شرط نفي الولد أن لا يوجد منه إقرار بالولد.

٨٤٨٨ ـ الشرط الثالث:

أن لا يصدر من الزوج إقرار بالولد لا صراحة ولا دلالة. ومن الإقرار دلالة ما ذكرناه من تأخير إعلان النفي بعد التأخير الذي جرت به عادة الناس، بلا عذر عن هذا التأخير. ومن الإقرار بالولد دلالة لا صراحة سكوته على التهنئة بولادة مولوده الجديد أو تأمينه ـ قوله آمين ـ على دعاء المهنئين له كأن يقولوا له: جعله الله لك ولداً صالحاً. أو بارك الله عليك فيقول لهم: آمين. ففي هذه الحالة يلحق نسبه به ويمتنع عليه نفيه؛ لأن الإقرار دلالة كالإقرار صراحة، والسكوت قرينة على الرضا ودلالة عليه.

٨٤٨٩ ـ ادّعاء الأعذار عن تأخير النفي:

أ : عدم العلم بالولادة وغيرها:

إذا ادّعى العذر عن تأخير إعلان نفيه، كأن يدعي عدم علمه بالولادة، ينظر: فإن كان ما ادّعاه بصلح أن يكون قرينة على عدم علمه بالولادة مثل كونه غائباً، أو حاضراً ولكن لا يقيم مع زوجته التي ولدت الولد، قبل منه ادّعاؤه وصدق بيمينه. وإذا ادّعى عدم العلم بلزوم فورية النفي أو عدم العلم بأن له حقّ نفيه، فإن كان من العوام ويمكن منه هذا الجهل سومح وقبل قوله بيمينه. وإن كان فقيهاً أو مثله لا يجهل هذا الحكم لم يقبل قوله.

٨٤٩٠ ـ ب : عذر المرض ونحوه:

وإن كان عذره في التأخير مرضه أو حبسه أو اشتغاله بحفظ مال يخاف ضياعه، لم يسقط حقّه في النفي؛ لأن عذره مقبول ولا دليل في هذا التأخير على إعراضه عن النفي. ولكن إذا كانت مدة هذه العوارض طويلة وأمكنه أن يشهد على نفسه أنه نافٍ لولد زوجته، فعليه أن يفعل ذلك، فإن لم يفعل بطل حقّه في النفي؛ لأنه إذا لم يقدر على النفي وإجراء اللعان لعذر قام الإشهاد مقامه حتى يزول العذر ويقدر على إعلان النفي وطلب اللعان، فإن لم يفعل كان ذلك قرينة الرضا بالمولود والاعتراف به فيسقط حقّه في نفيه. ويبدو لي، أن تقدير العذر ومدته في تأخير النفي مسألة موضوعية ينظر فيها قاضي الموضوع ويبت في كل مسألة على حدة حسب ظروف الحالة التي يعرضها الزوج ومدى دلالتها على الإقرار بالولد أو عدم الإقرار به.

٨٤٩١ ـ إذا ولدت الزوجة توأمين:

وإن ولدت الزوجة توأمين فأقرّ بأحدهما ونفى الآخر لحق الاثنان به ـ أي ثبت نسبهما منه ـ؛ لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره، فإذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر بالضرورة، فجعلنا ما نفاه تابعاً لما أقرّ به، ولم نجعل ما أقرّ به تابعاً لما نفاه؛ لأن النسب يحتاط لإثباته لا لنفيه؛ ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن أن يكون من غيره ألحقناه به احتياطاً، ولم نقطع نسبه منه احتياطاً لنفيه.

٨٤٩٢ ـ وإذا مات أحد التوأمين أو ماتا معه، فله أي للزوج أن يلاعن لنفي نسبهما، أي يصح منه قذف زوجته بنفي ولدها، وأن يطلب إجراء اللعان معها لنفي نسبهما عنه. قال ابن قدامة الحنبلي: وبهذا أيضاً قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يلزمه نسب الحيّ منهما، ولا يلاعن إلا لنفي الحدّ عنه؛ لأن الميت لا يصح نفيه باللعان؛ لأن نسبه قد انقطع بموته، لا حاجة إلى نفيه باللعان كما لو ماتت زوجته فإنه لا يلاعن بعد موتها لقطع النكاح لكونه ـ أي النكاح ـ قد انقطع بالموت، وإذا لم ينتفِ الميت ـ أي لم ينتف نسبه ـ لم ينتفِ الحيّ لأنهما حمل واحد. قال ابن قدامة تأييداً لمذهبه ورداً على المخالف لمذهبه: (ولنا) أن الميت ينسب إليه فيقال: ابن فلان، ويلزمه تجهيزه وتكفينه، فكان له نفي نسبه وإسقاط مؤونته كالحيّ[١٠٤٤٨].

٨٤٩٣ ـ **الشرط الرابع لنفي الولد عند الحنابلة:**

ويشترط الحنابلة لنفي الولد أي انتفاء نسبه عن الزوج القاذف أن يوجد اللعان منهما جميعاً ـ أي من الزوج القاذف ومن زوجته ـ، فلا ينتفي الولد بلعان الزوج وحده فقط، وأن يأتي الزوجان بصيغة اللعان وألفاظها، وأن يبدأ الزوج باللعان، وأن يذكر نفي الولد في لعانه، وأن يفرق الحاكم بينهما ويحكم بنفي نسب الولد من الزوج.

٨٤٩٤ ـ **رابعاً: مذهب المالكية:**

يمكن تلخيص مذهب المالكية في شروط صحة نفي الولد، وبالتالي إجراء اللعان بناء على هذا النفي، بالشروط والضوابط التالية:

٨٤٩٥ ـ **الشرط الأول: نفي الولد عن يقين:**

عندهم، لا يصح نفي الولد ولا يجري اللعان إلا بناء على يقين بأن هذا الولد المنفي ليس من الزوج النافي، ففي هذه الحالة ينفيه ويلاعن ليقطع نسبه عنه، فقد قالوا: «إذا قذفها بنفي حمل أو ولد فله أن يلاعن إن لم يطأها أصلاً بعد العقد، أو وطأها وولدته بعد الوطء لمدة لا يلتحق الولد فيها بالزوج؛ لقلة المدة كما لو وطأها وأتت به بعد الوطء بشهر أو شهرين أو خمسة

(١٠٤٤٨) «المغني» ج٧، ص٤١٩.

من يوم الوطء، فيعتمد على ذلك ويعلم أنه ليس منه فينفيه ويلاعن ليقطع نسبه عنه. أو تأتي به لأكثر من أقصى مدة الحمل فينفيه ويلاعن ليقطع نسبه عنه. أو وطأها واستبرأها بحيضة بعد الوطء، أو استبرأها بوضع الحمل وأتت به بعد ستة أشهر من يوم الاستبراء بالحيضة أو بوضع الحمل، فيعتمد على ذلك ويلاعن ليقطع نسبه عنه إذ هو ليس منه قطعاً ويقيناً»(١٠٤٤٩).

٨٤٩٦ ـ ولا يصح نفي الولد عن ظن حتى ولو كان ظناً غالباً بأن هذا الولد ليس منه، فقد قالوا: «ولا يعتمد فيه أي في اللعان على ظن، بل لا بدّ من اليقين كما تقدم. ومن الظن رؤيتهما ـ أي رؤية الزوجة والزاني ـ متجردين في لحاف واحد، إذ يمكن عدم وطئها أو وطؤها بين فخذيها. ولا يعتمد فيه ـ أي في نفيه وإجراء اللعان بناء عليه ـ على عزل منها بأن يمني خارج الفرج عند وطء زوجته؛ لأن المني قد سبقه قهراً. ولا يعتمد فيه ـ أي في النفي واللعان المبني عليه ـ على مشابهة في الولد لغيره ولا على وطء بين الفخذين دون الفرج وإن أنزل بين الفخذين. ولا يعتمد فيه على عدم إنزالٍ منه حال وطئها إن كان أنزل قبل وطئها ولم يَبُل ـ أي لم يتبول ـ بعده قبل وطئها لاحتمال أن يكون في أصل ذكره بقية مني فانصبَّ في رحمها حال جماعها، بخلاف ما لو بال قبل وطئها ولم ينزل فله ملاعنتها؛ لأن البول يخرج بقايا المني»(١٠٤٥٠).

٨٤٩٧ ـ من اليقين الذي يصح به نفي الولد:

ومن اليقين الذي يصح بناء عليه نفي الولد، قذفها بالزنى المرئي إذا جاءت بولد يمكن أن يكون من الزاني، فقد قالوا: «وانتفى بلعان التيقن برؤية وغيرها، الولد الذي ولد كاملاً لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤية، فإن ذلك الولد ينتفي عنه بذلك اللعان. وإن ولدته كاملاً لدون ستة أشهر من الرؤية لحق به للجزم بوجوده في رحمها وقت الرؤية، واللعان إنما كان للرؤية لا لنفي الحمل إلا إذا استبرأها قبل رؤية الزنى، فإن استبرأها بحيضة ولم يقربها بعده لم يلحق به»(١٠٤٥١) وقال الدسوقي تعليقاً على هذا القول: «ومحلّ انتفاء ما ولدته بعد اللعان لستة أشهر من يوم الرؤية، إذا لم تكن ظاهرة الحمل وقت الرؤية، أي رؤية زناها، وإلا كان لاحقاً به مثل ما ولدته لدون ستة أشهر وما في حكمها»(١٠٤٥٢).

(١٠٤٤٩) «الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي» ج١، ص٤٩٢-٤٩٣.

(١٠٤٥٠) «الشرح الصغير للدردير وحاشية الدسوقي» ج٣، ص٤٩٣.

(١٠٤٥١) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٥٨.

(١٠٤٥٢) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٥٨.

٨٤٩٨ ـ الشرط الثاني: التعجيل بالنفي واللعان:

قالوا: وشرطه ـ أي اللعان ـ التعجيل، أي تعجيله بعد علم الزوج بالحمل أو الولد، وأن لا يطأها بعد علمه هذا أو بعد رؤيته لها تزني، فإن وطأها بعد علمه بحبل من غيره أو ولادة أو رؤية لها تزني، أو أخَّر لعانها ولو يوماً واحداً بلا عذر بعد علمه بالحمل أو بالولادة، امتنع لعانه لها ولا يُمكَّن منه. فالمانع من قبول لعانه في الرؤية ـ أي في رؤيته لها وهي تزني ـ الوطء فقط ـ أي بأن يطأها بعد أن رآها تزني ـ، وليس تأخير النفي واللعان. أما في غير الرؤية فالمانع من قبول نفيه ولعانه الوطء أو التأخير(١٠٤٥٣).

٨٤٩٩ ـ ولادته ميتاً، أو موته بعد ولادته:

وعندهم، يصح نفي الولد وإجراء اللعان إذا ولدت الزوجة ولدها ميتاً أو ولدته حيّاً ومات بعد ولادته، وفائدة اللعان في هذه الحالة سقوط حدّ القذف عنه. ويكفي لعان واحد وإن تعدد الوضع أو كان وضعاً واحداً بتوأمين(١٠٤٥٤).

٨٥٠٠ ـ خامساً: مذهب الزيدية:

قالوا: لا يصح من الزوج نفي الولد بعد الإقرار به، أو بعد السكوت حين علمه بولادته مع علمه أن له حقّ النفي، لأن الشرط في صحة نفي الولد أن يكون على الفور ما دام الزوج يعلم أن له حقّ النفي وقد علم بولادته، فإن لم يعلم أن له حقّ نفي الولد، فإنه لا تلزمه الفورية في النفي إلا بعد علمه بأن له حقّ النفي(١٠٤٥٥).

٨٥٠١ ـ سادساً: مذهب الجعفرية:

قالوا: إذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ولم ينكر الولد مع ارتفاع الأعذار، لم يكن له إنكاره بعد ذلك إلا أن يؤخره بما جرت العادة به كالسعي إلى الحاكم، ولو قيل: له إنكاره مالم يعترف به كان حسناً. ومتى أقرّ بالولد صريحاً أو دلالة، لم يكن له إنكاره بعد ذلك مثل أن يبشر بولادته، ويُهنَّأ بالمولود الجديد، فيجيب بما يتضمن الرضا كأن يقال له: بارك الله لك في مولودك، فيقول: آمين(١٠٤٥٦).

(١٠٤٥٣) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٩٤.

(١٠٤٥٤) «الشرح الكبير» للدردير ج٢، ص٤٥٩.

(١٠٤٥٥) «شرح الأزهار» ج٢، ص٥١٨.

(١٠٤٥٦) «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٥.

المطلب السادس

شروط نفس القذف

٨٥٠٢ ـ أن يكون القذف منجزاً وتعليل هذا الشرط:

يشترط في نفس القذف أن يكون منجزاً لا معلّقاً بشرط ولا مضافاً إلى وقت مستقبل؛ لأن ذكر الشرط أو الوقت يمنع وقوعه قذفاً للحال، وعند وجود الشرط أو الوقت يجعل كأنه نجزٌ القذف كما في سائر التعليقات والإضافات، فكان قاذفاً تقديراً مع انعدام القذف حقيقة، فلا يجب الحدّ أي حدّ القذف[١٠٤٥٧] والأصل «أن كل قذف لا يوجب الحدّ لو كان القاذف أجنبياً لا يوجب اللعان إذا كان القاذف زوجاً لزوجته»[١٠٤٥٨] ولأن اللعان في جانب الزوج قائم مقام حدّ القذف»[١٠٤٥٩] فإذا امتنع الحدّ ولم يجب لكون القذف غير منجز لتعليقه بشرط أو إضافته إلى وقت مستقبل لم يستوجب ما يقوم مقام الحدّ وهو اللعان، وعلى هذا، إذا قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت زانية، أو أنت زانية من الغد لم يعتبر قوله قذفاً يستوجب اللعان، لأنه غير منجز.

(١٠٤٥٧) «البدائع» ج٧، ص٤٦.

(١٠٤٥٨) «البدائع» ج٣، ص٢٤٣.

(١٠٤٥٩) «البدائع» ج٣، ص٢٤٢.

المبحث الثالث

إجـراء اللعـــان

٨٥٠٣ ـ تمهيـد:

إذا باشر الزوج سبب اللعان بأن قذف زوجته بالزنى أو نفى ولدها عنه بأن أنكر أنه ولده منها، فإن ما يتبع ذلك هو إجراء اللعان بين الزوجين لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذينَ يَرمُونَ أَزواجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهدَاءُ إلاَّ أَنفُسُهمْ فَشهادةُ أَحدِهمْ أَربعُ شَهاداتٍ باللهِ إنَّه لَمِنَ الصَّادِقينَ...**﴾ الآيات، وإجراء اللعان يتم بطلب من له الحقّ في طلب إجرائه، والزوجة هي التي لها الحقّ في طلب إجرائه، وهذا هو الأصل، وقد يكون هذا الحق للزوج كما سنبيّنه إلا أن اللعان بعد وجوبه أو بعد طلب إجرائه قد يعترضه ما يستوجب سقوطه وبطلانه وبالتالي امتناع المضي في إجرائه. فإذا وجد سبب اللعان ووجد طلب إجرائه وسلم مما يستوجب سقوطه، تلا ذلك تنفيذ اللعان من قبل الزوجين، وهنا يجب أن نعرف اللغة التي يجري فيها اللعان والألفاظ التي يجب أن يستعملها الزوجان في لعانهما إذا كان سبب اللعان القذف بالزنى وحده، أو كان به وبنفي ولدها منه، ثم هناك شروط معينة لصحة إجراء اللعان حتى تترتب عليه آثاره المقررة شرعاً، ومن هذه الشروط أن يجري اللعان أمام الإمام أو نائبه (القاضي). كما أن هناك أشياء يستحب مراعاتها والإتيان بها، سواء بالنسبة للقاضي أو بالنسبة للزوجين المتلاعنين أو بالنسبة لمكان وزمان اللعان.

٨٥٠٤ ـ منهج البحث:

وبناء على ما تقدم، وما يتضمنه موضوع: «إجراء اللعان» نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: طلب إجراء اللعان.

المطلب الثاني: الامتناع عن اللعان.

المطلب الثالث: كيفية اللعان وألفاظه.

المطلب الرابع: شروط صحة اللعان ومستحباته.

المطلب الأول

طلب إجراء اللعان

٨٥٠٥ ـ من له حقّ طلب إجراء اللعان:

أشرنا في التمهيد أن الذي له حقّ طلب إجراء اللعان هو واحد من اثنين: إما الزوجة المقذوفة، وهذا هو الأصل، وإما من الزوج؛ لأنهما هما صاحبا الشأن في موضوع القذف.

٨٥٠٦ ـ هل يشترط لإجراء اللعان طلبه من أحد الزوجين؟

وإذا كان الذي له الحق في طلب إجراء اللعان هو الزوج القاذف أو الزوجة المقذوفة، فهل يعني هذا أن الشرط لإجراء اللعان طلب أحد الزوجين بحيث لا يجري اللعان بدون هذا الطلب؟ أو أنّ هذا ليس بشرط لإجرائه، فيستطيع القاضي إجراءه إذا علم بوقوع سببه، وهو قذف الزوج زوجته؟ قولان للفقهاء: (الأول): قول الظاهرية. (والثاني): قول الجمهور. ونذكر فيما يلي القولين وأدلتهما.

٨٥٠٧ ـ القول الأول: قول الظاهرية:

وعندهم، أن من واجب القاضي أن يأمر بإجراء اللعان بين الزوجين إذا علم بوقوع سببه، طلب ذلك منه أحد الزوجين أو لم يطلبه، فقد قال الإمام ابن حزم الظاهري ـ رحمه الله تعالى ـ: «من قذف امرأته بالزنى فواجب على الحاكم أن يجمعهما في مجلسه طلبت هي بذلك أو لم تطلبه، طلب هو ذلك أو لم يطلبه، لا رأي لهما في ذلك»[١٠٤٦٠].

٨٥٠٨ ـ القول الثاني: قول الجمهور:

أ : للزوجة طلب اللعان:

إن إجراء اللعان يستلزم طلبه من الزوجة فهي التي تتقدم إلى القاضي بطلب إجرائه، وهذا هو الأصل. فإن لم تطلبه لم يتعرض للزوج بإقامة الحدّ عليه ولا بطلب اللعان منه؛ لأنه حقّها فلا بدّ من طلبها كسائر الحقوق. وفي هذا يقول الإمام ابن قدامة الحنبلي «ولا يتعرض له ـ أي للزوج القاذف ـ بإقامة الحدّ عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته بذلك، فإن ذلك حقّ لها، فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها[١٠٤٦١].

(١٠٤٦٠) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص١٤٣.

(١٠٤٦١) «المغني» ج٧، ص٤٠٥.

وقال الإمام الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ: «ولا يكون على الزوج لعان حتى تطلبه الزوجة»[10462].

وفي «فتح القدير» للكمال بن الهمام الحنفي: «ويشترط طلبها ـ أي طلب إجراء اللعان ـ؛ لأنه حقّها ولا بدّ من طلبها كسائر الحقوق، وبه قالت الأئمة الثلاثة، لأن اللعان حقّها؛ لأنه لدفع العار عنها فيشترط طلبها»[10463].

٨٥٠٩ ـ ب: هل للزوج أن يطلب اللعان:

وإذا لم تطلب الزوجة اللعان، فهل للزوج أن يطلبه؟ والجواب: إن لم يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن يطلب اللعـان، وهذا قول أكثر أهل العلم، بل إن ابن قدامة ـ رحمه الله تعالى ـ قال: لا نعلم فيه مخالفاً إلا بعض أصحاب الشافعي قالوا له: «الملاعنة لإزالة الفراش، والصحيح عندهم أن إزالة الفراش ممكنة بالطلاق، فلا حاجة للزوج باللعان. ولكن إن كان هناك ولد يريد الزوج نفيه، فقد قال القاضي الحنبلي: له أن يلاعن لنفيه، وهذا مذهب الشافعي؛ لأن هلال بن أمية لما قذف زوجته، وجاء إلى النبي ﷺ وأخبره أرسل إليها فلاعن بينهما، ولم تكن قد طالبتـه باللعان؛ ولأنه محتاج إلى نفيه فشرع له طريق إليه كما لو طالبته؛ ولأن نفي النسب الباطل عنه حقّ له، فلا يسقط برضاها به كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد[10464]، وهذا مذهب الحنفية فقد جاء في «فتح القدير»: «فإذا كان المقذوف بنفي ـ أي نفي الولد ـ، فإن الشرط ـ أي شرط إجراء اللعان ـ طلبه لاحتياجه إلى نفي من ليس ولده عنه»[10465].

وفي «المهذب» للشيرازي في فقه الشافعية: «وإن عفت الزوجة عن الحدّ أو التعزير ولم يكن نسب يريد نفيه لم يلاعن. ومن أصحابنا من قال له أن يلاعن لقطع الفراش، والمذهب الأول؛ لأن المقصود باللعان درء العقوبة الواجبة بالقذف، أو نفي النسب لما يلحقه من الضرر بكل واحد منهما وليس ها هنا واحد منهما»[10466].

(١٠٤٦٢) «الأم» للشافعي، ج٥، ص٢٨٧.

(١٠٤٦٣) «فتح القدير» ج٣، ص٢٥٠.

(١٠٤٦٤) «المغني» ج٧، ص٤٠٥.

(١٠٤٦٥) «فتح القدير» ج٣، ص٢٥٠.

(١٠٤٦٦) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٣٨٢.

المطلب الثاني

الامتناع عن اللعان

٨٥١٠ ـ امتناع الزوج من اللعان:

إذا امتنع الزوج عن اللعان بعد طلب إجرائه، فقال الجمهور يُحدَّ حدّ القذف؛ لأن نكوله عن اللعان بمنزلة اعترافه بكذب قذفه. وقال الحنفية يُحبَس حتى يلاعن. ونذكر فيما يلي بعض أقوال الفريقين.

٨٥١١ ـ أولاً: قول الجمهور:

أ : جاء في «بداية المجتهد» لابن رشد: «فأما إذا نكل الزوج عن اللعان فقال الجمهور إنه يُحدّ. وقال أبو حنيفة: أنه لا يُحدّ ويحبس»[١٠٤٦٧].

ب : وفي كتاب «الأم» للشافعي: «وإذا قذف الرجل زوجته فلم تطلب الحدّ حتى فارقها أو لم يفارقها ولم تعفه ثم طلبته، التعن أو حدَّ إن أبى أن يلتعن»[١٠٤٦٨].

جـ : وفي «المغني» لابن قدامة: «إذا قذف زوجته المحصنة وجب عليه الحدّ وحكم بفسقه وردّ شهادته إلا أن يأتي ببيّنة أو يلاعن، فإن لم يأت بأربعة شهداء أو امتنع من اللعان لزمه ذلك كله، وبهذا قال مالك والشافعي»[١٠٤٦٩].

د : وفي «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «فإن لم يلتعن الزوج حُدَّ حَدَّ القذف»[١٠٤٧٠].

هـ : وفي «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «ولو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو نكل، ثبت عليه الحدّ»[١٠٤٧١].

٨٥١٢ ـ ثانياً: قول الحنفية:

جاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «فإن امتنع منه، أي امتنع الزوج من اللعان، حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه»[١٠٤٧٢].

(١٠٤٦٧) «بداية المجتهد» ج٢، ص٩٩.

(١٠٤٦٨) «الأم» للشافعي، ج٥، ص٢٩٢.

(١٠٤٦٩) «المغني» ج٧، ص٤٠٤.

(١٠٤٧٠) «المحلى» ج١٠، ص١٤٣.

(١٠٤٧١) «شرائع الإسلام» ج٣، ص١٠٠.

(١٠٤٧٢) «الهداية» ج٣، ص٢٥٠.

٨٥١٣ ـ امتناع الزوجة من اللعان:

ذهب الجمهور إلى أن الزوجة إذا امتنعت عن اللعان وجب عليها حدّ الزنى، وقال الحنفية والحنابلة: إذا امتنعت الزوجة من اللعان، فإن الحاكم يحبسها حتى تلاعن أو تصدقه أي تصدق زوجها فيما قذفها به، ونذكر فيما يلي أقوال الجمهور وأقوال غيرهم.

٨٥١٤ ـ أولاً: من أقوال الجمهور:

أ: قال الإمام الشافعي في كتابه «الأم»: «ومتى التعن الزوج فعليها أن تلتعن، فإن أبت حُدَّت ـ أي حدت حدّ الزنى ـ»[10473].

ب: وجاء في «بداية المجتهد»: «اختلفوا في الواجب عليها إذا نكلت عن اللعان، فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور أنها تُحدّ، وحدّها الرجم إن كان دخل بها ووجدت فيها شرائط الإحصان، وإن لم يكن دخل بها فالجلد»[10474].

جـ: وفي «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «لو نكلت هي عن اللعان أو أقرت رجمت وسقط الحد عنه ـ عن الزوج ـ، ولم يزل الفراش ولا يثبت التحريم»[10475].

٨٥١٥ ـ ثانياً: من أقوال الحنفية والحنابلة:

أ: جاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «وإن امتنعت الزوجة عن اللعان، حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه»[10476].

ب: في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فإذا لاعنها وامتنعت من الملاعنة فلا حدّ عليها. واختلفت الرواية فيما يصنع بها، فروي أنها تحبس حتى تلتعن أو تقر أربعاً. والرواية الثانية: يخلّى سبيلها، وهو قول أبي بكر ـ من الحنابلة ـ»[10477]. والذي عليه الفقهاء المتأخرون من الحنابلة الأخذ بالرواية الأولى، فقد جاء في «غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى» في

(١٠٤٧٣) «كتاب الأم» للشافعي ج٥، ص٢٩٢.

(١٠٤٧٤) «بداية المجتهد» ج٢، ص٩٩، وما نقله عن الإمام أحمد غير صحيح؛ لأن مذهبه عدم الحدّ عليها كما جاء في «المغني».

(١٠٤٧٥) «شرائع الإسلام» ج٣، ص١٠٠.

(١٠٤٧٦) «الهداية» ج٣، ص٢٥١.

(١٠٤٧٧) «المغني» ج٧، ص٤٤٤، ٤٤٦.

فقه الحنابلة: «وإن لاعن ونكلت، حبست حتى تلاعن أو تقرّ أربعاً بالزنى فتُحدّ مالم ترجع»[10478].

٨٥١٦ ـ خلاصة أقوال الجمهور ومخالفيهم:

يذهب فقهاء الجمهور إلى إيجاب الحدّ على الممتنع من الزوجين من اللعان. ومذهب الحنفية حبس الممتنع من الزوجين من اللعان حتى يلاعن الزوج أو يكذب نفسه، وحتى تلاعن الزوجة أو تصدق زوجها في قذفه لها. وأن الحنابلة مع الجمهور في نكول الزوج عن اللعان، وهم مع الحنفية في نكون الزوجة عن اللعان. ونذكر فيما يلي أدلة الجمهور ثم أدلة مخالفيهم الحنفية ثم أدلة الحنابلة.

٨٥١٧ ـ أدلة الجمهور:

الدليل الأول: عموم قوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ**﴾[10479]، وهذا حكم عام في القاذف الأجنبي أو الزوج، وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود في قوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. . .**﴾ الآية[10480]. فوجب إذا نكل الزوج أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أي يُحدّ[10481] وفي «تفسير القرطبي»: «إن لم يلتعن الزوج حُدّ؛ لأن اللعان له براءة كالشهود للأجنبي، فإن لم يأت الأجنبي بأربعة شهداء حُدّ، وكذلك الزوج إذا لم يلتعن»[10482].

٨٥١٨ ـ الدليل الثاني: ولأنه قاذف يلزمه الحدّ لو أكذب نفسه، فيلزمه إذا لم يأت بالبيّنة المشروعة كالأجنبي[10483].

٨٥١٩ ـ الدليل الثالث: إن الواجب على المرأة إذا لاعن زوجها هو حدّ الزنى،

(١٠٤٧٨) «غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى» ج٣، ص٢٠٢.

(١٠٤٧٩) [سورة النور، الآية ٤].

(١٠٤٨٠) [سورة النور، الآية ٦].

(١٠٤٨١) «الأم» للشافعي، ج٥، ص٢٨٥-٢٨٦، «بداية المجتهد» ج٢، ص٩٩.

(١٠٤٨٢) «أحكام القرآن» للقرطبي» ج١٢، ص١٩١.

(١٠٤٨٣) «المغني» ج٧، ص٤٠٤.

ولكن لها أن تخلّص نفسها منه باللعان قال تعالى: ﴿وَيَدْرأُ عَنْهَا العَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الكَاذِبِينَ والخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللهِ عليها إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾[10484]، والعذاب الذي تدرأه عن نفسها باللعان هو حدّ الزنى المذكور في قوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ المُؤْمِنِينَ﴾[10485] فإذا امتنعت من اللعان لم يوجد الدافع لما وجب عليها بلعان الزوج، وهو الحدّ فيجب عليها[10486].

٨٥٢٠ - **الدليل الرابع**: ويمكن أن يُحتج للجمهور بالسنة النبوية ووجه هذا الاحتجاج بحديثين رواهما أبو داود وهما:

أ: الحديث الأول: أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي ﷺ بشَريك بن سحماء، فقال النبي ﷺ: «البيّنة أو حدٌّ في ظهرك»[10487]. وهذا هو حكم القاذف، فلما نزلت آيات اللعان صار لعان الزوج يقوم مقام البيّنة - الشهود -، فإذا لم يأت بالشهود ولا باللعان وجب عليه حدّ القذف.

ب: الحديث الثاني: لما نزلت آيات اللعان، لاعن رسول الله ﷺ هلال بن أمية وامرأته، وجاء في حديث لعانهما أن النبي ﷺ: «ذكّرهما، وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا. فقال هلال: والله لقد صدقت عليها، فقالت: قد كذب. فقال رسول الله ﷺ: لاعنوا بينهما، فقيل لهلال: اشهد، فشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين. فلما كانت الخامسة، قيل له يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة.. ثم قيل للمرأة: اشهدي.. فلما كانت الخامسة، قيل لها: اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة»[10488] والمقصود بهذا إعلام الزوجين بأن لا يلاعن من علم من نفسه الكذب في ملاعنته، ويتحمل عذاب الدنيا وهو حدّ القذف بالنسبة للزوج، وحدّ الزنى بالنسبة للمرأة إذا امتنعا عن اللعان، فدلّ ذلك على أن الواجب عند الامتناع من اللعان إقامة الحدّ على الممتنع.

٨٥٢١ - **أدلة الحنفية**[10489]:

أ: **أولاً**: احتج الحنفية لقولهم: إن الواجب على الممتنع من اللعان هو اللعان وليس

(١٠٤٨٤) [سورة النور، الآية ٨، ٩].

(١٠٤٨٥) [سورة النور، من الآية ٢].

(١٠٤٨٦) «المغني» ج٧، ص٤٤٤-٤٤٥.

(١٠٤٨٧) «سنن أبي داود» ج٦، ص٣٤١.

(١٠٤٨٨) «سنن أبي داود وشرحه عون المعبود» ج٦، ص٣٤٥.

(١٠٤٨٩) «البدائع» ج٣، ص٢٣٨-٢٣٩، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٥٠-251.

الحدّ، سواء كان الممتنع هو الزوج أو الزوجة، بقوله تعالى: **﴿وَالَّذِينَ يَرمُونَ أَزواجهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهداءُ إِلَّا أَنفسُهُمْ فَشهادةُ أَحدهِمْ أَربعُ شَهاداتٍ باللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادقِينَ...﴾** الآية، أي فليشهد أحدهما أربع شهادات بالله.. فجعل سبحانه وتعالى اللعان هو موجب قذف الزوجات، فمن أوجب الحدّ على الممتنع منهما فقد خالف النصّ. ولأن الحدَّ إنما يجب لظهور كذبه في القذف، وبالامتناع من اللعان لا يظهر كذبه إذ ليس كل من امتنع من الشهادة أو اليمين يظهر كذبه فيه، بل يحتمل أنه امتنع منه صوناً لنفسه عن اللعن والغضب، والحدّ لا يجب مع الشبهة، فكيف يجب مع الاحتمـال؟ ثم هذا الاحتمال في الامتناع من اليمين في اللعان يعني البذل والإباحة، والإباحة لا تجري في الحدود، فإن من أباح للحاكم أن يقيم عليه الحدّ لا يجوز للحاكم أن يقيمه عليه.

٨٥٢٢ ـ ثانياً: وأما قوله تعالى: **﴿وَيدرأُ عَنْهَا العَذَابَ﴾** فلا حجة فيه لإيجاب الحدّ على الممتنع من اللعان؛ لأن دفع العذاب يقتضي توجه العذاب لا وجوبه؛ لأنه حينئذٍ يكون رفعاً لا دفعاً، على أنه يحتمل أن يكون المراد من العذاب هو الحبس، إذ الحبس يسمى عذاباً، قال تعالى في قصة الهدهد: **﴿لأُعذِّبنَّهُ عَذاباً شَدِيداً﴾** قيل في تفسيره: لأحبسنّه. وهذا هو مذهبنا، أن الزوجة إذا امتنعت من اللعان تحبس حتى تلاعن أو تقر بالزنى فيدرأ عنها العذاب وهو الحبس.

٨٥٢٣ ـ ثالثاً: ثم إن اللعان حقّ مستحق على الزوج بعد أن طلبته الزوجة وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذّب نفسه.

٨٥٢٤ ـ أدلة الحنابلة[١٠٤٩٠]:

قلنا: إن الحنابلة مع الجمهور في قولهم بالنسبة لامتناع الزوجة من اللعان أي تحبس ولا تُحدّ. وأدلة الحنابلة هي أدلة الجمهور فيما وافقوهم عليه أي فيما قالوه بالنسبة لامتناع الزوج من اللعان، أما أدلة الحنابلة بالنسبة لامتناع الزوجة فهي: أنه لم يتحقق زنى الزوجة، فلا يجب عليها الحدّ بامتناعها عن اللعان. والدليل على ذلك أن تحقق زناها لا يخلو: إما أن يكون بلعان الزوج وحده أو بنكولها عن اللعان، أو بهما معاً. لا يجوز أن يتحقق زناها بلعان الزوج وحده؛ لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ولا وجب الحدّ على قاذفها. ولأن اللعان إما يمين وإما شهادة وكلاهما لا يثبت له الحقّ عليها. ولا يجوز أن يثبت بنكولها؛ لأن الحدّ لا يثبت بالنكول، فإنه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها؛ وذلك لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خَفَرها وحيائها أو لعقلة

(١٠٤٩٠) «المغني» ج٧، ص٤٤٥.

على لسانها أو غير ذلك، فلا يجوز إثبات الحدّ في الزنى الذي شدد الشارع في إثباته فاشترط أربعة مع وصفهم لفعل الزنى مبالغة في نفي الشبهات عنه، فلا يجوز إثباته بالامتناع عن اللعان مع ما يحمله هذا الامتناع من احتمالات؛ ولأنها لو أقرّت بلسانها، ثم رجعت لم يجب عليها الحدّ، فلئن لا يجب بمجرد امتناعها من يمين اللعان أولى. ولا يجوز إثبات الزنى بهما أي بلعان الزوج ونكولها عن اللعان؛ لأن مالا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق؛ ولأن ما في كل من لعان الزوجة ونكولها من الشبهة لا ينتفي بضم أحدهما إلى الآخر. والعذاب الذي تدرأه الزوجة عن نفسها باللعان يجوز أن يكون المقصود به الحبس أو غيره، فلا يتعيّن في الحدّ وإن احتمل أن يكون هو المراد، فلا يثبت الحدّ بالاحتمال. وقال عمر ـ رضي الله عنه ـ: إن الحدّ على من زنى وقد أحصن إذا كانت بيّنة (شهود) أو كان الحمل أو الاعتراف. فذكر سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ موجبات حدّ الزنى ولم يذكر معها اللعان أو نكول الزوجة عنه، وقد روي عن الإمام أحمد قوله: «إنها لو أقرّت بلسانها لم أرجمها إذا رجعت ـ أي عن إقرارها ـ، فكيف أرجمها إذا امتنعت عن اللعان؟»[١٠٤٩١].

٨٥٢٥ ـ إكذاب الزوج نفسه:

قلنا: إن الحنفية قالوا في الزوج يمتنع من اللعان: إنه يحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه، فإذا أكذب نفسه، فمعنى ذلك أنه وافق زوجته على أنها لم تزنِ وأنه غير صادق فيما رماها به من الزنى، فلا يجري بينهما لعان بعد ذلك، ويُحدُّ حدّ القذف[١٠٤٩٢].

٨٥٢٦ ـ تصديق الزوجة زوجها فيما قذفها به:

قلنا: إن الحنفية قالوا في الزوجة تمتنع من اللعان أنها تُحبس أو تصدقه، فإذا لاعنت اندفع عنها الحدّ، وإن صدّقته اندفع بتصديقها اللعان، ولكن لا يجب به الحدّ عليها؛ لأن التصديق ليس بإقرار قصداً بالذات؛ ولهذا لا يجب الحدّ بالتصديق أربع مرات، فلا يعتبر في وجوب الحدّ، بل في درئه، فيندفع به اللعان ولا يجب به الحدّ[١٠٤٩٣].

(١٠٤٩١) «المغني» ج٧، ص٤٤٦.

(١٠٤٩٢) «الهداية وفتح القدير وشرح العناية على الهداية» ج٣، ص٢٥٠، «الدر المختار» ج٣، ص٤٨٥.

(١٠٤٩٣) «فتح القدير» ج٣، ص٢٥١، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٤٨٥-٤٨٦.

٨٥٢٧ ـ ولو صدقته في نفي الولد، فلا حدّ عليها بهذا التصديق ولا لعان وهو ولدهما؛ لأن النسب إنما يندفع حكماً للعان ولم يوجَد، وهو حقّ الولد، فلا يصدقان في إبطاله[١٠٤٩٤].

المطلب الثالث

كيفية اللعان وألفاظه

٨٥٢٨ ـ كيفية اللعان وألفاظه في القرآن الكريم:

وردت كيفية اللعان وألفاظه في القرآن الكريم بقوله تعالى: **﴿وَالَّذِينَ يَرمُونَ أَزواجهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهداءُ إلاَّ أنفُسهُمْ فشهادَةُ أَحدِهِمْ أَربَعُ شَهاداتٍ باللهِ إنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ والخامِسةُ أنَّ لَعْنَةَ اللهِ عَلَيْهِ إنْ كانَ مِنَ الكاذِبينَ. وَيدرأُ عَنْها العَذابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهداتٍ باللهِ إنَّه لَمِنَ الكَاذِبينَ وَالخامِسةَ أَنَّ غَضبَ اللهِ عَليها إنْ كانَ مِنَ الصَّادقينَ﴾**[١٠٤٩٥].

٨٥٢٩ ـ أقوال الفقهاء في كيفية اللعان وألفاظه:

وفي ضوء آيات اللعان وما ورد في السنة النبوية الكريمة بشأن كيفية إجراء اللعان وبيان ألفاظه، جاءت أقوال الفقهاء في صفة اللعان، أي في كيفيته، وبيان ألفاظه المعتمدة فيه والتي يصح بها اللعان، وهي بجملتها متماثلة أو متقاربة. ونذكر فيما يلي بعض صيغ اللعان أو بعض كيفياته وألفاظه التي ذكرها الفقهاء.

٨٥٣٠ ـ أولاً: مذهب الحنفية[١٠٤٩٦]:

قالوا: أما كيفية اللعان، فالقذف لا يخلو أن يكون بالزنى أو بنفي الولد. فإن كان بالزنى فينبغي للقاضي أن يقيمهما بين يديه، فيأمر الزوج أولاً أن يقول أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنى، ثم يأمر المرأة أن تقول أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى، وتقول في الخامسة: إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنى.

(١٠٤٩٤) «فتح القدير» ج٣، ص٢٥١، وانظر ما قلناه في تعليل الحنفية لعدم اعتبار تصديق الزوجة لزوجها في نفي ولدها مبرراً لنفي نسب الولد من الزوج، الفقرة (٨٤٧٧).

(١٠٤٩٥) [سورة النور، الآيات ٦-٩].

(١٠٤٩٦) «البدائع» ج٣، ص٢٣٧، «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٥٣.

٨٥٣١ ـ إذا كان اللعان بنفي الولد:

وإن كان اللعان بنفي الولد، فإن الزوج يقول في لعانه في كل مرة: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى ونفي ولده. وقال القدوري الحنفي: إن كان القذف من الزوج بنفي الولد، يكتفي الزوج أن يقول في لعانه: فيما رميتك به من نفي الولد؛ لأنه ما قذفها إلا بنفي الولد، وإن كان القذف بالزنى ونفي الولد، فلا بد أن يذكر الأمرين؛ لأنه قذفها بهما جميعاً.

٨٥٣٢ ـ يبدأ بلعان الزوج:

وإنما يبدأ بلعان الزوج أولاً؛ لأنه ذكر هكذا في القرآن العزيز؛ ولأن النبي ﷺ عندما أجرى اللعان بين الزوجين بدأ بالزوج وأمره بالالتعان، ثم أمر الزوجة بالالتعان بعده. وأيضاً فإن لعان الزوج وجب حقّاً للزوجة؛ لأن الزوج ألحق بها العار بالقذف، فهي بمطالبتها إياه باللعان إنما تدفع العار عن نفسها، ودفع العار عن نفسها هو حقّها، وصاحب الحقّ إذا طالب من عليه الحقّ بإيفاء حقّه لا يجوز له التأخير كمن عليه الدين.

٨٥٣٣ ـ فإن أخطأ القاضي فبدأ بالزوجة ثم بالزوج ينبغي أن يعيد اللعان على المرأة؛ لأن اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج، فلا تصح قبل وجود شهادته. فإن لم يعد القاضي لعانها حتى فرّق بين الزوجين نفذت الفرقة بينهما؛ لأن تفريقه، أي تفريق القاضي، صادف محل الاجتهاد؛ لأنه يزعم أن اللعان ليس بشهادة، بل هو يمين، ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى.

٨٥٣٤ ـ ثانياً: مذهب الشافعية[١٠٤٩٧]:

وعندهم، يقول الزوج أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به هذه ـ أي زوجته الحاضرة ـ من الزنى، فإن كانت غائبة عن مجلس اللعان سماها ورفع نسبها بما يميزها عن غيرها دفعاً للاشتباه. ثم يقول في الخامسة إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى. ويشير إليها في حالة حضورها، ويميزها بتسميتها ورفع نسبها إن كانت غائبة كما ذكرنا.

٨٥٣٥ ـ يذكر الزوج في لعانه الولد الذي ينفيه عنه:

وإن كان ولد يريد الزوج أن ينفيه عنه، وجب على الزوج الملاعن أن يذكره في كل من

(١٠٤٩٧) «الأم» للشافعي ج٥، ص٢٩٠-٢٩١، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٤-٣٧٥.

كلماته الخمس، أي في شهاداته الأربع، وفي كلمته الخامسة وهي: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، فيقول في لعانه: وأن الولد الذي ولدته، أو يقول: هذا الولد، من زنى، ليس مني، ولو أغفل ذكر الولد في بعض كلماته الخمس لزمه إعادة اللعان لنفيه.

٨٥٣٦ ـ تلاعن الزوجة بعد لعان الزوج:

فإذا فرغ الزوج من لعانه، لاعنت الزوجة بأن تقول أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى. والكلمة الخامسة هي أن تقول: إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنى.

٨٥٣٧ ـ ولا تحتاج الزوجة إلى ذكر الولد في لعانها إذا كان الزوج قد قذفها بنفي الولد ولاعنها على ذلك؛ لأنه لا يتعلق بذكره في لعانها حكم، فلم يلزمها ذكره في لعانها، ولكن إن ذكرته لم يضر.

٨٥٣٨ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة[١٠٤٩٨]:

قال الحنابلة: يبدأ القاضي بالزوج فيقيمه ويقول له، قل: أربع مرات، أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنى ـ ويشير إليها إن كانت حاضرة، ولا يحتاج مع الحضور والإشارة إلى تسميتها وذكر نسبها ـ، وإن كانت غائبة أسماها وذكر نسبها ورفع في نسبها حتى ينفي المشاركة بينها وبين غيرها، فإذا أشهد أربع مرات وقفه القاضي وخوفه من الحلف كاذباً، فإذا رأى منه العزم على المضي في لعانه قال له، قل: وإن لعنة الله عليَّ إن كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنى.

٨٥٣٩ ـ ثم يأمر القاضي المرأة بالقيام ويقول لها، قولي: أشهد بالله أن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى ـ وتشير إليه. وإن كان غائباً أسمته ـ أي ذكرت اسمه ـ، ونسبته ـ أي ذكرت نسبه ـ فإذا كررت ذلك أربع مرات، وقفها القاضي ووعظها وخوفها من الحلف كذباً، فإذا رأى منها العزم على المضي باللعان قال لها قولي: وإن غضب الله عليّ إن كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنى.

٨٥٤٠ ـ إذا كان اللعان لنفي الولد ذكر في لعانهما:

وإذا كان اللعان لنفي ولد، فلا بدَّ من ذكره في لعانهما فيقول الزوج: أشهد بالله لقد زنت، وما هذا الولد ولدي. وتقول هي: أشهد بالله لقد كذب، وهذا الولد ولده. فإن لم يذكر الولد

(١٠٤٩٨) «المغني» ج٧، ص٤٣٦، ٤٣٩.

في اللعان لم ينتف عنه، وإن أراد نفيه أعاد اللعان ويذكر نفي الولد فيه.

٨٥٤١ ـ رابعاً: مذهب المالكية(١٠٤٩٩):

قالوا: يشهد الزوج الملاعن أربع مرات بالله على زنى زوجته أو على نفي حملها، بأن يقول: أشهد بالله رأيتها تزني، وأني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى.

وفي نفي الحمل يقول: أشهد بالله ما هذا الحمل مني، ويقول في الخامسة: وأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.

٨٥٤٢ ـ ثم تقول الزوجة بعد لعانه: أشهد بالله ما زنيت، أو ما رآني أزني. أو تقول في أيمانها الأربع: أشهد بالله لقد كذب عليّ فيهما، أي في قوله: رأيتها تزني، وقوله: ما هذا الحمل مني. وتقول في الخامسة: غضب الله عليها إن كان زوجها من الصادقين.

٨٥٤٣ ـ ويشترط بدء الزوج باللعان، فإن بدأت الزوجة فلاعنت أولاً، أعادت لعانها بعده. كما يشترط أن يكون اللعان بلفظ أشهد في شهادات الزوج والزوجة.

٨٥٤٤ ـ خامساً: مذهب الجعفرية(١٠٥٠٠):

قالوا: صورة اللعان أن يشهد الرجل بالله أربع مرات أنه لمن الصادقين فيما رماها به، ثم يقول: «إن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين. ثم تشهد الزوجة بالله ـ أربع مرات ـ أنه لمن الكاذبين فيما رماها به، ثم تقول: إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

٨٥٤٥ ـ ويجب أن يكون الرجل قائماً عند التلفظ بألفاظ اللعان وكذا المرأة، وقيل: يكونان جميعاً قائمين بين يدي القاضي. وعلى الزوج أن يعين زوجته بما يزيل الاحتمال والشك في أنها هي المقصودة باللعان، فيذكر اسمها واسم أبيها أو صفاتها المميزة لها عن غيرها.

٨٥٤٦ ـ التقيد بعدد شهادات اللعان وألفاظه:

ألفاظ اللعان وعدد الشهادات فيه، وردت في القرآن العزيز وفي السنة النبوية الشريفة حيث أجرى النبي ﷺ اللعان بين هلال بن أمية وبين زوجته. وفي ضوء ذلك ذكر الفقهاء كيفية اللعان وألفاظه. والسؤال هنا عن مدى لزوم التقيد بعدد شهادات اللعان وبألفاظه؟ وهل يجوز تنقيص عدد الشهادات وإبدال ألفاظ اللعان بغيرها؟ هذا ما نذكره فيما يلي:

(١٠٤٩٩) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٦٤-٤٦٥، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٩٤.

(١٠٥٠٠) «شرائع الإسلام» للحلي، ج٣، ص٩٨-٩٩.

٨٥٤٧ ـ **أولاً: التقيد بعدد شهادات اللعان:**

يجب التقيد بعدد شهادات اللعان وهي أربع شهادات في حقّ كل من الزوجين المتلاعنين. والخامسة (اللعن) على الزوج إن كان كاذباً، (والغضب) على الزوجة إن كان الزوج من الصادقين. فهذه الشهادات الأربع مع (الخامسة) لا يجوز الإخلال بها زيادة أو نقصاً لورود النص بها في القرآن الكريم. قال ابن قدامة الحنبلي: «وعدد هذه الألفاظ الخمسة شرط في اللعان، فإن أخلَّ بواحدة منها لم يصح»[١٠٥٠١].

٨٥٤٨ ـ **ثانياً: تبديل ألفاظ اللعان:**

أ: تبديل لفظ (أشهد):

لا يجوز تبديل لفظة (أشهد) بغيرها مثل (أقسم) أو (أحلف)، وبهذا صرح الفقهاء[١٠٥٠٢].

٨٥٤٩ ـ **ب: تبديل لفظ الجلالة (الله):**

لا يجوز تبديل لفظ الجلالة (الله) بلفظ (الرحمن) ونحوه من أسمائه تعالى، وبهذا صرح الشافعية والجعفرية[١٠٥٠٣].

٨٥٥٠ ـ **جـ: تبديل لفظ (اللعن)، ولفظ (الغضب):**

لا يجوز تبديل لفظ (اللعن) بلفظ (الغضب) وبالعكس: بأن يذكر الزوج في لعانه لفظ (الغضب) بدلاً عن لفظ (اللعن)، وتذكر الزوجة في لعانها لفظ (اللعن) بدلاً عن لفظ (الغضب)؛ لأنَّ النصّ في القرآن العظيم ورد بلفظ (اللعن) في لعان الزوج، وبلفظ (الغضب) في لعان الزوجة فلا يجوز تغيير ذلك، وبهذا صرّح الشافعية والمالكية والجعفرية[١٠٥٠٤].

٨٥٥١ ـ **تبديل قول الزوج (إني لمن الصادقين) و (إنه لمن الكاذبين):**

عند الجعفرية لا يصح اللعان بتبديل عبارة (إني لمن الصادقين) في لعان الرجل بقوله (إني

(١٠٥٠١) «المغني» ج٧، ص٤٣٦.

(١٠٥٠٢) «المغني» ج٧، ص٤٣٦، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٥، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٦٤، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥١٦، «شرائع الإسلام» ج٣، ص٨٩٩.

(١٠٥٠٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٥، «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٨٥.

(١٠٥٠٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٥، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٦٤، «الروضة البهية» ج٢، ص١٨٥.

لصادق)[10505]. وفي المغني لابن قدامة الحنبلي: «فظاهر كلام الخرقي أنه يجوز أن يبدل قوله: «إني لمن الصادقين» بقوله «لقد زنت»؛ لأن معناهما واحد. ويجوز لها إبدال (إنه لمن الكاذبين) بقولها: لقد كذب. قال ابن قدامة الحنبلي معقباً على قول الإمام الخرقي: واتباع لفظ النّص أولى وأحسن[10506] وعنـد المالكية، يصح أن يقول في لعانه: «إن كنت كذبتها» ـ أي كذبت عليها ـ، بدل (إن كان من الكاذبين)[10507].

٨٥٥٢ ـ الراجح هو التقيد بألفاظ اللعان:

والراجح عندي، لزوم التقيد بألفاظ اللعان الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة مع تضمينها ما يدل على ما رماها به زوجها من زنى أو نفي نسب. أما الموعظة التي يعظ بها القاضي الزوجين المتلاعنين، فلا يلزم التقيد بألفاظها الواردة في السنة النبوية، وإنما يستحب ذلك كما سنبينه فيما بعد.

٨٥٥٣ ـ لغة اللعان:

أ : مذهب الحنابلة:

إذا كان الزوجان يعرفان اللغة العربية، لم يجز أن يلتعنا بغيرها؛ لأن اللعان ورد في القرآن الكـريم بلفظ العـربية. وإن كانا لا يحسنان اللغة العربية جاز لهما الالتعان بلغتهما لموضع الحاجة، وهذا ما ذكره ابن قدامة الحنبلي[10508].

٨٥٥٤ ـ ب : مذهب الشافعية:

وعند الشافعية، يصح اللعان بغير العربية، وإن كان المتلاعنان يعرفان العربية؛ لأن اللعان يمين أو شهادة وهما بسائر اللغات سواء. ولكن على من يلاعن بغير العربية أن يراعي ترجمة الشهادة واللعن والغضب في لعانه؛ حتى يؤدي نفس معاني اللعان باللغة العربية. ولكن في مذهب الشافعية قول فيمن يعرف اللغة العربية أنه لا يصح لعانه بغيرها؛ لأن اللعان ورد بها في القرآن، فليس له العدول عنها مع القدرة عليها[10509].

(١٠٥٠٥) «الروضة البهية» ج٢، ص١٨٥.

(١٠٥٠٦) «المغني» ج٧، ص٤٣٦-٤٣٧.

(١٠٥٠٧) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٦٤.

(١٠٥٠٨) «المغني» ج٧، ص٤٣٨.

(١٠٥٠٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٦.

٨٥٥٥ ـ جـ : مذهب الجعفرية :

وعند الجعفرية يشترط إجراء اللعان (باللفظ العربي الصحيح إلا مع التعذر، فيجتزىء بمقدورهما منه، فإن تعذر تلفظهما بالعربية أصلاً أجزأ غيرها من اللغات من غير ترجيح)[١٠٥١٠].

٨٥٥٦ ـ حضور المترجم وهل يجزي الواحد :

اشتراط المترجم عند جهل القاضي لغة المتلاعنين :

وحيث جاز اللعان بغير اللغة العربية، فإن كان القاضي يحسن لغة المتلاعنين أجزأ ذلك ولم يشترط المترجم، ولكن يستحب ـ كما قال صاحب «المغني» ـ أن يحضر معه أربعة يحسنون لغة المتلاعنين التي يؤديان لعانهما بها. . وإن كان القاضي لا يحسن لغة المتلاعنين، فلا بد من ترجمان. وقال القاضي الحنبلي : ولا يجزىء في الترجمة أقل من اثنين عدلين وهو قول الشافعي، وهو ظاهر قول الإمام الخرقي الحنبلي. وذكر أبو الخطاب من الحنابلة رواية أخرى في مذهب الحنابلة أنه يجزىء مترجم عدل واحد وهو قول أبي حنيفة[١٠٥١١].

٨٥٥٧ ـ مذهب الجعفرية في المترجم :

وقال الجعفرية : إن لم يعرف القاضي لغة المتلاعنين احتاج إلى مترجمين عدلين اثنين يلقيان عليهما صيغة اللعان بما يحسنانه من اللغة، وإن كان القاضي يعرف لغتهما باشر الإلقاء بنفسه، ولم يحتج إلى ترجمان[١٠٥١٢].

٨٥٥٨ ـ لعان الأخرس والخرساء :

أولاً : عند المالكية :

يجوز عند المالكية لعان الأخرس والخرساء بإشارتيهما الدالة على اللعان، ويكرران الإشارة كما في اللعان باللفظ. كما يجوز اللعان عندهم بالكتابة إن كان الأخرس أو الخرساء يحسنان الكتابة فيكتب الأخرس منهما بما يدل على لعانه ويكرر كما في اللفظ، فقد جاء في الشرح الكبير للدردير في فقه المالكية : «وأشار الأخرس ذكراً كان أو أنثى بما يدل على ذلك، أو كتب ما يدل عليه إن كان يحسن الكتابة» وقال الفقيه الدسوقي تعليقاً على هذا القول : «أي ويكرر الإشارة أو الكتابة كاللفظ»[١٠٥١٣].

(١٠٥١٠) «الروضة البهية» ج٢، ص١٨٥.

(١٠٥١١) «المغني» ج٧، ص٤٣٨-٤٣٩.

(١٠٥١٢) «الروضة البهية» ج٢، ص١٨٥.

(١٠٥١٣) «الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٦٤.

٨٥٥٩ ـ ثانياً: عند الشافعية[١٠٥١٤]

وقال الشافعية: يلاعن أخرس بإشارة مفهمة أو كتابة؛ لأنهما في حقّه كالنطق من الناطق وليس كالشهادة منه لضرورته إليه دونها؛ لأن الناطقين يقومان بها؛ ولأن المغلب في اللعان معنى اليمين، فإن لم يكن له واحد منها لم يصح قذفه ولا لعانه ولا شيء من تصرفاته لتعذر الوقوف على ما يريده. أما إذا عرض له الخرس فإن رُجِيَ نطقه في مدة ثلاثة أيام انتظر نطقه فيها، فإن لم يُرْجَ نطقه أو رُجِيَ في أكثر من ثلاثة أيام فهو كالخرس الخَلْقي، وإن لاعن بالكتابة كتب كلمة الشهادة أربع مرات ثم كلمة اللعن، ولكن لو كتب كلمة الشهادة مرة وأشار إليها أربعاً جاز. ولا فرق فيما ذكرناه بين الرجَل الأخرس والمرأة الخرساء، فالخرساء تلاعن بما يلاعن به الرجل الأخرس.

٨٥٦٠ ـ ثالثاً: عند الحنابلة[١٠٥١٥]:

إذا كان الأخرس والخرساء غير معروفي الإشارة ولا يعرفان الكتابة فلا يتصور منهما لعان، ولا يعلم من الزوج قذف، ولا من الزوجة مطالبة بإجراء اللعان. وإن كانا معروفي الإشارة والكتابة، فقد قال أحمد: إذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن؛ لأنه لا نعلم مطالبتها بإجراء اللعان، و كذلك ينبغي أن يكون في الأخرس، وذلك لأن اللعان لفظ يفتقر إلى الشهادة، فلم يصح من الأخرس كالشهادة الحقيقية ولأن الحدّ يدرأ بالشبهات، والشهادة بالإشارة ليست صريحة كالنطق فلا تخلو من احتمال وتردد، فلا يجب الحدّ بها كما لا يجب على أجنبي بشهادته.

وقال القاضي وأبو الخطاب من الحنابلة: هو ـ أي الأخرس ـ كالناطق في قذفه ولعانه؛ إنه يصح طلاقه، فيصح قذفه ولعانه كالناطق، ويفارق الشهادة؛ لأنه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة إلى الأخرس، وفي اللعان لا يحصل إلا منه فدعت الحاجة إلى قبوله منه كالطلاق. قال ابن قدامة الحنبلي: والأول ـ أي عدم صحة لعان الأخرس ـ أحسن.

٨٥٦١ ـ القول الراجح في لعان الأخرس والخرساء:

والراجح صحة لعان الأخرس والخرساء بإشارتيهما المفهمة الدّالّة على اللعان أو بكتابتهما الدّالّة على اللعان؛ لأن الحاجة تدعو أن يلاعن الزوجان إذ لا فرق في هذه الحاجة بين الأخرس

(١٠٥١٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٦.

(١٠٥١٥) «المغني» ج٧، ص٤٩٧.

والناطق ولا بين الخرساء والناطقة. وإذا دعت الحاجة إلى قبول اللعان من الأخرس والخرساء فالإشارة المفهمة منهما أو الكتابة الواضحة منهما تقومان مقام النطق واللفظ من الناطق والناطقة، ولا فرق كما قامت في الطلاق، على أن يكرر الأخرس والخرساء كتابة الشهادة أربع مرات ويخمّس الزوج باللعن، وتخمّس الزوجة بالغضب.

المطلب الرابع

شروط صحة اللعان ومستحباته

٨٥٦٢ ـ تمهيد ومنهج البحث:

لصحة اللعان شروط يجب مراعاتها ليكون اللعان صحيحاً منتجاً أثره. وله مستحبات يستحب مراعاتها. وعلى هذا، نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: شروط صحة اللعان.

الفرع الثاني: مستحبات اللعان.

الفرع الأول

شروط صحة اللعان

٨٥٦٣ ـ الشرط الأول: إجراؤه بحضرة القاضي وأمره:

أولاً: مذهب الحنابلة:

قال الحنابلة: لا يصح اللعان إلا بحضرة القاضي و أمره أو من يقوم مقامه؛ لأن النبي ﷺ أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه ولاعن بينهما»؛ ولأنه إما يمين وإما شهادة، فأيهما كان فمن شروطه القاضي أي يكون أمام القاضي؛ لأن اليمين والشهادة لا تؤديان إلا بحضرته. وإن تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما لم يصح ذلك؛ لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز بغير القاضي كإقامة الحدود[١٠٥١٦].

٨٥٦٤ ـ إجراء اللعان خارج مجلس القضاء:

وإن كانت الزوجة خفرة لا تبرز لحوائجها، بعث القاضي نائبه وبعث معه رجالاً عدولاً إن وجدوا ليلاعن بينهما[١٠٥١٧].

(١٠٥١٦) «المغني» ج٧، ص٤٣٤.

(١٠٥١٧) «المغني» ج٧، ص٤٣٤.

٨٥٦٥ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

ومـذهب الشافعية كمذهب الحنابلة، فالشرط عندهم لصحة اللعان إجراؤه أمام القاضي وبـأمـره، فقد قالوا: «ويشترط فيه ـ أي في اللعان ـ أمر القاضي به أو نائبه كاليمين في سائر الخصومات؛ لأن المغلب على اللعان حكم اليمين، وإن غُلِّبَ فيه معنى الشهادة فهي لا تؤدى إلا عنده[١٠٥١٨].

قالوا: ويلقن القاضي كلمات اللعان للزوجين المتلاعنين، فيقول للزوج: قل كذا وكذا. ويقول للزوجة: قولي كذا وكذا[١٠٥١٩].

٨٥٦٦ ـ إجراء اللعان من قبل المُحَكَّم:

ويجوز عند الشافعية أن يجري اللعان بين الزوجين «المُحَكَّم» الذي يرتضيانه، وهذا الجواز إذا لم يكن هناك ولد يراد نفيه باللعان، فإن كان هناك ولد يريد الزوج نفيه باللعان، فلا يصح اللعان أمام «المحكَّم» وإن رضي الزوجان به؛ لأن للولد حقّاً في النسب فلا يؤثر رضاهما في حقّه، فلا يصح نفيه إلا باللعان أمام القاضي وأمره[١٠٥٢٠].

٨٥٦٧ ـ ثالثاً: مذهب الجعفرية:

وقـال الجعفرية: «يجب إجراء اللعان عند الحاكم، فلا يصح إلا بحضرته أو عند نصبّه للحكم أو اللعـان بخصـوصه. ويجوز التحكيم فيه من الزوجين للعالم المجتهد. فإذا حضر الزوجان بين يدي الحاكم بدأ الرجال باللعان بعد تلقين الحاكم له الشهادة متلفظاً بما رمى . . »[١٠٥٢١].

٨٥٦٨ ـ الشرط الثاني: أن يبدأ الزوج باللعان:

ويشترط لصحة اللعان أن يبدأ الزوج به ثم تليه الزوجة فتلاعن. فإن بدأت الزوجة باللعان لم يعتد بلعانها، وعليها أن تعيد اللعان بعد أن يفرغ الزوج من لعانه، وبهذا صرّح الفقهاء، فمن أقوالهم:

أ : في «المغني»: «أو قدّمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يُعتَد به»[١٠٥٢٢].

(١٠٥١٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٦.

(١٠٥١٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٦.

(١٠٥٢٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٦.

(١٠٥٢١) «الروضة البهية» ج٢، ص١٨٤ـ١٨٥، «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٨.

(١٠٥٢٢) «المغني» ج٧، ص٤٣٨.

ب : وفي «مغني المحتاج»: «ويشترط فيه ـ أي في اللعان ـ أمر القاضي، وأن يتأخر لعانها عن لعانه؛ لأن لعانها لاسقاط الحدّ وإنما يجب عليها الحدّ بلعانه، فلا حاجة إلى لعانها قبله[10523].

جـ : وفي «الشرح الصغير» للدردير: «وأعادت الزوجة يمينها بعده أي بعد حلف زوجها إن ابتدأت باليمين قبله. قاله أشهب وهو الراجح. وقال ابن القاسم: يكفي، والمعتمد الأول»[10524].

د : وفي «البدائع»: «وإنما يبدأ الرجل باللعان لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ، فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ. . .﴾ الخ (والفاء) للتعقيب، فيقتضي أن يكون لعان الزوج عقيب القذف فيقع لعان المرأة بعد لعانه. وكذا روي لما نزلت آية اللعان وأراد رسول الله ﷺ أن يجري اللعان على ذينك الزوجين بدأ بلعان الرجل، وهو ﷺ قدوتنا. . فإن أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة ثم الرجل ينبغي له أن يعيد اللعان على المرأة؛ لأن اللعان شهادة، والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الرجل، فلا يصح قبل وجود شهادته. فإن لم يعد لعانها حتى فرق بينهما نفذت الفرقة؛ لأن تفريقه صادف محلّ الاجتهاد لأنه يزعم أن اللعان ليس بشهادة، بل هو يمين، ويجوز تقديم أحد اليمينين على الأخرى. . »[10525].

٨٥٦٩ ـ شروط أخرى لصحة اللعان:

وهناك شروط أخرى لصحة اللعان ـ أي لصحة إجرائه أو لوقوعه صحيحاً منتجاً آثاره ـ، فمن هذه الشروط غير التي ذكرناها، ما جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي من شروط صحة اللعان[10526].

الشرط الثالث: أن يأتي كل واحد منهما ـ أي من الزوجين ـ باللعان بعد إلقائه عليه، أي بعد أن يلقيه عليه الحاكم بأن يلقنه إياه ليقوله، فإن بادر به قبل أن يلقيه الحاكم عليه ويأمره بقوله، لم يصح اللعان كما لو حلف قبل أن يحلفه الحاكم.

(١٠٥٢٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٦.

(١٠٥٢٤) «الشرح الصغير للدردير» ج١، ص٤٩٥.

(١٠٥٢٥) «البدائع» ج٣، ص٢٣٧-٢٣٨.

(١٠٥٢٦) «المغني» ج٧، ص٤٣٨.

الشرط الرابع: أي والشرط الرابع لصحة اللعان استكمال لفظات اللعان الخمس، وهي أربع شهادات، والخامسة: اللعنة أو الغضب، فإن نقص منها لفظة لم يصح اللعان.

الشرط الخامس: أن يأتي بصورته ـ أي بصيغته وألفاظه التي ذكرناها ـ مع ملاحظة ما في تبديل بعض ألفاظها بغيرها من اختلاف في جواز ذلك أو عدم جوازه.

الشرط السادس: الترتيب، فإن قدم لفظة اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة ـ أي الشهادات الأربعة ـ لم يعتد بلعانه.

الشرط السابع: الإشارة من كل واحد من الزوجين إلى صاحبه إن كان حاضراً وتسميته ونسبه إن كان غائباً يتميز عن غيره ولا يشتبه به. ولا يشترط حضورهما معاً في مجلس اللعان، فلو لاعن الرجل داخل المسجد ولاعنت المرأة على بابه لعدم إمكان دخولها جاز ذلك.

٨٥٧٠ ـ من شروط المالكية:

وعند المالكية، يجب إيقاع اللعان في أشرف مواضع البلد، فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «ووجب إيقاعه ـ أي اللعان ـ بأشرف مواضع البلد كالجامع، فلا يقبل رضاهما بغيره». وقال الفقيه الدسوقي تغليظاً على هذا القول: «لأن وقوعه بأشرف مواضع الملك واجب وشرط، وذلك لأن المقصود من اللعان التغليظ والتخويف على الملاعن، وللموضع مدخل في ذلك، والمراد بالأشرف بالنظر للحالف»[١٠٥٢٧].

٨٥٧١ ـ ومن شروط المالكية أيضاً:

وعند المالكية أيضاً، يجب أن يجري اللعان بحضرة جماعة أقلها أربعة من الرجال العدول معلّلين ذلك بأن اللعان شعيرة من شعائر الإسلام وخصلة من خصاله؛ لأن الكفار لا لعان بينهم، وأقل ما تظهر به تلك الشعيرة أربعة[١٠٥٢٨].

الفرع الثاني

مستحبات اللعان

٨٥٧٢ ـ تعداد المستحبات من جهة متعلقاتها:

يستحب في اللعان عند إجرائه جملة أشياء، بعضها يجعلها بعض الفقهاء في مرتبة

(١٠٥٢٧) «الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٦٤.

(١٠٥٢٨) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير» ج٢، ص٤٦٤.

الوجوب لا الندب كما في إجراء اللعان يحضور جماعة من المسلمين، فهو عند المالكية واجب كما ذكرنا، ومستحب عند غيرهم كما سنذكره. وهذه المستحبات (منها) ما يتعلق بمن يحضر اللعان: (ومنها): ما يتعلق بهيئة المتلاعنين، (ومنها): ما يتعلق بمكان اللعان أو زمانه. (ومنها): ما يتعلق بالقاضي من جهة نصحه ووعظه للمتلاعنين، ونذكر كل ذلك فيما يلي:

٨٥٧٣ - أولاً: اللعان بمحضر جماعة:

يستحب أن يشهد لعان الزوجين جماعة من المسلمين، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ويستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين؛ لأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروه مع حداثة أسنانهم فدلّ ذلك على أنه حضره جمع كثير؛ لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعاً للرجال، ولأن اللعان بُنِي على التغليظ مبالغة في الردع به والزاجر، وفعله في الجماعة أبلغ في ذلك. ويستحب أن لا ينقصوا عن أربعة؛ لأن بيّنة الزنى الذي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة»(١٠٥٢٩).

٨٥٧٤ - وهذا أيضاً مذهب الشافعية، فعندهم إجراء اللعان بمحضر جماعة من المسلمين سنة وليس فرضاً، فقد جاء في «مغني المحتاج»: «ويغلظ - أي إجراء اللعان - بحضور جمع من عدول أعيان بلد اللعان وصلحائه لقوله تعالى: ﴿وَلْيشهدْ عَذابهُما طَائفةٌ مِنَ المُؤمنينَ﴾. ولأن فيه ردعاً عن الكذب، وأقله أربعة لثبوت الزنى بهم فاستحب أن يحضر ذلك العدد في اللعان(١٠٥٣٠).

٨٥٧٥ - ثانياً: ما يتعلق بمكان اللعان وزمانه:

أ : مذهب الشافعية:

عند الشافعية يُسنّ ولا يجب تغليظ لعان مسلم بزمان ومكان، أما الزمان فهو بعد صلاة عصر كل يوم، وبعد صلاة عصر يوم الجمعة أولى؛ لأن ساعة الإجابة فيه على ما جاءت به الأحاديث. أما المكان، فيسنُّ تغليظ اللعان بإيقاعه بأشرف مواضع بلد اللعان؛ لأن في ذلك تأثيراً في الزجر عن اليمين الفاجرة الكاذبة. وأشرفية المكان في مكة تكون بين الركن والمقام من الكعبة - شرّفها الله - وفي المدينة المنورة عند المنبر الشريف في المسجد النبوي الشريف، وفي بيت المقدس عند الصخرة. وأما في غير هذه المساجد، فاللعان يكون عند

(١٠٥٢٩) «المغني» ج٧، ص٤٣٤.

(١٠٥٣٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٨.

منبر الجامع في بلد اللعان. . والمرأة الحائض والنفساء تلاعن بباب المسجد الجامع، فيلاعن الزوج في المسجد الجامع، فيلاعن الزوج في المسجد فإذا فرغ خرج الحاكم أو نائبه إليها[١٠٥٣١].

٨٥٧٦ ـ مكان لعان غير المسلم:

ويلاعن الكتابي عند الشافعية في معبده من بيعة أو كنيسة، ويقول اليهودي في لعانه: أشهد بالله الذي أنزل التوراة على موسى. ويقول النصراني: أشهد بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى. ولا يحلف اليهودي بموسى ولا النصراني بعيسى، كما لا يحلف المسلم بمحمد ﷺ، بل ذلك محظور[١٠٥٣٢].

٨٥٧٧ ـ ب : مذهب المالكية:

قال المالكية: «وندب كونه ـ أي إيقاع اللعان ـ إثر صلاة من الخميس وبعد العصر. وقال سحنون: إن كونه بعد العصر سنّة؛ لأن ذلك وقت تجتمع فيه ملائكة النهار وملائكة الليل»[١٠٥٣٣].

٨٥٧٨ ـ جـ : مذهب الجعفرية:

وعندهم، يستحب تغليظ اللَعان بالمكان بأن يلاعن القاضي بينهما في موضع شريف مثل بين الركن والمقام إن كانا بمكة المكرمة، وفي المدينة في الروضة وهي ما بين قبر النبي ﷺ والمنبر، وتحت الصخرة في المسجد الأقصى وفي المساجد في أمصار المسلمين. وتغليظ اللعان بالزمان ايقاعه في وقت شريف كيوم الجمعة أو بعد العصر[١٠٥٣٤].

٨٥٧٩ ـ د : مذهب الحنابلة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: قال القاضي ولا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان، وبهذا قال أبو حنيفة؛ لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ولم يقيده بزمان ولا مكان، فلا يجوز تقييده إلا بدليل؛ ولأن النبي ﷺ ـ أمر الرجل بإحضار زوجته ولم يخصه بزمن، ولو خصّه بذلك لنقل إلينا ولم يهمل. وقال أبو الخطاب: يستحب أن يتلاعنا في الأزمان والأماكن التي تعظم. قال ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله ـ: والصحيح الأول ـ أي عدم

(١٠٥٣١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٦-٣٧٧.

(١٠٥٣٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٧.

(١٠٥٣٣) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٦٤.

(١٠٥٣٤) «الروضة البهية» ج٢، ص١٨٦، «شرائع الإسلام» ج٣، ص٩٩.

استحباب زمان أو مكان لإجراء اللعان؛ لأنه لم ينقل لنا استحباب شيء من ذلك عن رسول الله ﷺ، ثم قال ابن قدامة: فإن كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين، ويحتمل أن يغلظ عليهم في المكان، لقوله - أي قول الإمام الخرقي الحنبلي - في الأيمان: وإن كانت لهم مواضع يعظمونها ويتوقّون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها، وعلى هذا يلاعن بينهما في مواضعهم التي يعظمونها: النصراني في الكنيسة واليهودي في البيعة والمجوسي في بيت النار، وإن لم تكن لهم أماكن يعظمونها حلفهم الحاكم في مجلسه(١٠٥٣٥).

٨٥٨٠ - ثالثاً: ما يتعلق بالمتلاعنين:

يستحب أن يتلاعن الزوجان قياماً فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم، والمرأة جالسة، فإذا فرغ من لعانه قعد وقامت المرأة فالتعنت وهي قائمة؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال لهلال بن أمية: «قم فاشهد أربع شهادات»؛ ولأنه إذا قام شاهده الناس فكان أبلغ في شهرته فاستحب كثرة الجمع. وبهذا كله قال الحنابلة وأبو حنيفة والشافعي، وقال ابن قدامة الحنبلي: ولا أعلم فيه خلافاً(١٠٥٣٦).

٨٥٨١ - رابعاً: نصح القاضي للمتلاعنين:

يستحب للقاضي وعظ ونصح المتلاعنين وتخويفهما من عذاب الله تعالى، فقد روي أن رسول الله ﷺ قال لهلال بن أمية الذي أراد الملاعنة مع زوجته: اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة. ويقول القاضي لهما: قال رسول الله ﷺ للمتلاعنين: «حسابكما على الله، الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما من تائب؟»، وبعد الفراغ من الكلمات الأربع أي من الشهادات الأربع، يبالغ القاضي في وعظهما ندباً عند الخامسة من لعانهما قبل شروعهما فيها، فيقول للزوج: اتقِ الله في قولك: (عليَّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين) فإنها موجبة للعن إن كنت كاذباً. ويقول القاضي للزوجة: اتقي الله في قولك: «غضب الله عليَّ إن كان من الصادقين» فإنها موجبة للغضب إن كنتِ كاذبة. والقاضي يقول هذا في وعظه ونصحه لهما لعلّهما ينزجران ويتركان لعانهما. فإن أبيا إلا إتمام اللعان تركهما على حالهما ولقّنهما الخامسة ليقولاها، وهي بالنسبة للرجل أن يقول: ﴿أَنَّ لَعْنَتَ اللهِ عَلَيهِ إِنْ كَانَ مِنَ

(١٠٥٣٥) «المغني» ج٧، ص٤٣٥.

(١٠٥٣٦) «المغني» ج٧، ص٤٣٤، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٧٨.

الكَاذِبِينَ﴾ وهي بالنسبة للزوجة أن تقول: ﴿أَنَّ غَضَبَ الله عَليهَا إنْ كانَ مِنَ الصَّادقِينَ﴾ وبهذا كله قال الشافعية[10537].

وقال أيضاً الحنابلة والمالكية والجعفرية باستحباب قيام القاضي بوعظ ونصح المتلاعنين وتخويفهما من عذاب الله إذا لاعن أحدهما كاذباً[10538].

(10537) «مغني المحتاج» ج3، ص378.

(10538) «المغني» ج7، ص438، «الشرح الكبير» للدردير، ج2، ص464-465، «الروضة البهية» ج2، ص186.

المبحث الرابع

آثـــار اللعـــان

٨٥٨٢ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

يترتب على اللعان وقوع الفرقة بين الزوجين المتلاعنين وانتفاء الحدّ عنهما، ووقوع الحرمة المؤبدة بينهما، وانتفاء نسب الولد إن كان اللعان على نفي نسب الولد عن الزوج الملاعن وعلى هذا نقسم هذا المبحث إلى مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: سقوط الحدّ.

المطلب الثاني: وقوع الفرقة بين المتلاعنين.

المطلب الثالث: وقوع الحرمة المؤبدة بينهما.

المطلب الرابع: انتفاء نسب الولد عن الزوج باللعان.

المطلب الأول

سقوط الحدّ باللعان

٨٥٨٣ ـ المراد بالحدّ الساقـط باللعان ودليله:

أ : المراد بالحد الساقط باللعان:

الحدّ الذي يسقط باللعان هو حدّ القذف بالنسبة للزوج القاذف، وحدّ الزنى بالنسبة للزوجة المقذوفة، وذلك أن حدّ القذف كان يشمل الأجانب والأزواج إذا ارتكبوا جريمة القذف، سواء كانت المقذوفات زوجات للقاذفين أو كن أجنبيات عنهم، إذا لم يثبتوا قذفهم بالبيّنة الشرعية وهي أربعة شهداء، ثم نسخ هذا الحكم بالنسبة لقذف الأزواج زوجاتهم إذا لم يأتوا بأربعة شهداء، إذ جعل الشرع اللعان في حقّهم بمنزلة أربعة شهداء؛ لأنها إذا التعنت جعل الشرع لعانها مانعاً من إيجاب حدّ الزنى عليها أو مسقطاً لحدّ الزنى عنها على النحو الذي فصّلناه من قبل.

ب : النّص الدال على سقوط الحدّ باللعان:

والنّص الدال على سقوط الحدّ باللعان عن الزوجين المتلاعنين هو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرمُونَ أَزواجَهُمْ وَلَمْ يكُنْ لَهمْ شُهداءُ إلاَّ أنفُسُهمْ فشهادةُ أَحدِهمْ أَربعُ شَهاداتٍ باللهِ إنَّهُ لَمنَ الصَّادقينَ. والخامسةُ أنَّ لَعنةَ اللهِ عَليهِ إنْ كانَ مِنَ الكاذبينَ. وَيدْرأُ عَنْها العذابَ أنْ تَشْهدَ أَربعَ شَهاداتٍ باللهِ إنَّهُ لَمِنَ الكَاذبينَ. والخامسةَ أنَّ غَضبَ اللهِ عَليهَا إنْ كانَ مِنَ الصَّادِقينَ﴾[١٠٥٣٩]. فهذه الآيات صريحة في دلالتها على سقوط حدّ القذف عن الزوج القاذف إذا قام باللعان، وأن حدّ الزنى يندفع عن المرأة إذا لاعنت زوجها وبهذا قال أهل التفسير[١٠٥٤٠].

٨٥٨٤ ـ أقوال الفقهاء في سقوط الحدّ باللعان:

وبناء على دلالة الآيات التي ذكرناها على سقوط الحدّ باللعان عن الزوجين الملتعنين، صرّح الفقهاء بسقوط حدّ القذف عن الزوج القاذف إذا لاعن، وسقوط حدّ الزنى عن المرأة المقذوفة إذا لاعنت، فمن أقوالهم:ـ

أ : قال الشافعية: «ويتعلق بلعانه فرقة وسقوط الحدّ عنه ـ أي حدّ قذف الملاعنة ـ. ويتعلق بلعانه أيضاً وجوب حدّ زناها إن لم تلاعن لقوله تعالى: ﴿وَيدرأُ عَنهَا العَذابَ. .﴾ الآية، فدلّ على وجوبه عليها بلعانه»[١٠٥٤١].

ب : وقال الحنابلة: «إذا قذف زوجته المحصنة وجب عليه الحدّ وحكم بفسقه وردّ شهادته إلا أن يأتي ببيّنة أو يلاعن»[١٠٥٤٢].

ج : وقال الجعفرية: «ويتعلق بلعانهما معاً أحكام أربعة. . سقوط الحدين ـ حد القذف وحد الزنى ـ عنهما»[١٠٥٤٣].

٨٥٨٥ ـ إكذاب الزوج القاذف نفسه:

وإذا أكذب الزوج القاذف نفسه في قذف زوجته، فإنه يُحدُّ حدّ القذف ولا خلاف في هذا، وسواء كان إكذاب نفسه قبل أن يلاعن أو بعد لعانه، وسواء قبل لعانه أو بعده، فقد جاء في

(١٠٥٣٩) [سورة النور، الآيات ٦ـ٩].

(١٠٥٤٠) «تفسير الرازي» ج٢٣، ص١٦٦ـ١٦٧.

(١٠٥٤١) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٠.

(١٠٥٤٢) «المغني» ج٧، ص٤٠٤.

(١٠٥٤٣) «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٨٦.

«المغني» لابن قدامة الحنبلي: «إن الرجل إذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه، فلها عليه الحدّ: سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده، وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، ولا نعلم لهم مخالفاً؛ لأن اللعان أقيم مقام البيّنة ـ أربعة شهداء ـ في حقّ الزوج، فإذا أكذب نفسه ظهر أن لعانه كذب وزيادة في هتكها وتكرار لقذفها، فلا أقل من أن يجب الحدّ الذي كان واجباً بالقذف المجرد»(١٠٥٤٤):

٨٥٨٦ ـ تصديق الزوجة زوجها في القذف:

وإذا صدَّقت الزوجة زوجها فيما قذفها به من الزنى بعد لعانه لم تلاعن هي؛ لأنها لا تُحلَّف مع الإقرار، وحكمها حكم مالو امتنعت من اللعان من غير إقرار(١٠٥٤٥) أي لا حدّ عليها لوجود الشبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، ولكن لو صدَّقت زوجها فيما قذفها به من الزنى وأقرّت أربع مرات بزناها، ولم ترجع فيه وجب عليها حدّ الزنى(١٠٥٤٦).

المطلب الثاني

وقوع الفرقة باللعان

٨٥٨٧ ـ هل تقع الفرقة باللعان؟

ذهب عامة الفقهاء إلى وقوع الفرقة بين الزوجين المتلاعنين بسبب اللعان، وحكي عن عثمان البتّي أنه لا يتعلق باللعان فرقة لما روي أن العجلاني لما لاعن امرأته طلقها ثلاثاً فأنفذه رسول الله ﷺ ولو وقعت الفرقة لما أنفذ طلاقه. وقد ردّ ابن قدامة الحنبلي على قول عثمان البتي بأنَّ النبي ﷺ «فرق بين المتلاعنين» رواه عبد الله بن عمر وسهل بن سعد وأخرجه الإمام مسلم في «صحيحه». . وقال سهل بن سعد: فكانت سنّة لمن كان بعدهما أن يفرق بين المتلاعنين، وقال عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ: «المتلاعنان يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبداً»(١٠٥٤٧).

٨٥٨٨ ـ هل تقع الفرقة بلعان الزوج وحده؟

وإذا كان اللعان تعقبه فرقة بين الزوجين، فهل تقع هذه الفرقة بلعان الزوج وحده؟ قال الشافعية: نعم تقع الفرقة بلعان الزوج وحده وإن لم تلاعن الزوجة، فقد جاء في «مغني

(١٠٥٤٤) «المغني» ج٧، ص٤١٤ـ٤١٥.

(١٠٥٤٥) «المغني» ج٧، ص٤٤٦.

(١٠٥٤٦) «المغني» ج٧، ص٤٤٥ـ٤٤٦.

(١٠٥٤٧) المغني» ج٧، ص٤١١.

المحتـاج» في فقـه الشـافعية: «ويتعلق بلعـانـه ـ أي بلعـان الـزوج ـ فرقـة وإن لـم تلاعن الزوجة»[١٠٥٤٨]. ويعلّلون ذلك بقولهم: «لأنها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق»[١٠٥٤٩]. وقد ردّ الإمام ابن قدامة الحنبلي على ذلك بقوله: لا يصح ذلك؛ لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين، ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما فقط، وإنما فرّق النبي ﷺ بينهما بعد تمام اللعان منهما، فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة النبوية وفعل النبي ﷺ؛ ولأن لفظ اللعان لا يقتضي فرقة فإنه: إما أيمان على زناها أو شهادة بذلك. ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصل التفريق، وإنما ورد الشرع به بعد لعانهما فلا يجوز تعليقه على بعضه، ولأنه فسخ ثبت بأيمان مختلفين، فلم يثبت بيمين أحدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف»[١٠٥٥٠].

٨٥٨٩ ـ والراجح وقوع الفرقة بلعان الزوجين، فلا تقع بلعان الزوج وحده للأدلة التي ساقها ابن قدامة رحمه الله تعالى.

٨٥٩٠ ـ هل تقع الفرقة بلعان الزوجين فقط؟

وإذا كانت الفـرقة بسبب اللعان لا تحصل بلعان الزوج وحده، بل لا بدّ من لعان الزوجين، فهل يكفي لعانهما لحصول الفرقة دون حاجة إلى تدخل القاضي بإيقاعه الفرقة بينهما، أم لا بدّ من تفريق القاضي لوقوع الفرقة بين المتلاعنين؟ اختلاف بين الفقهاء نوجزه في الآتي:

٨٥٩١ ـ القول الأول: تقع الفرقة بمجرد لعان الزوجين:

الفرقة بين الزوجين تقع بعد فراغ الزوجين من لعانهما دون حاجة إلى تفريق من القاضي، وهذا في إحدى الروايتين في مذهب الحنابلة، والحجة لهذا القول ما روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً»؛ ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع؛ ولأن الفرقة لولم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه كالتفريق للعيب والإعسار، ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمراً وهذا لا يجوز. وقول النبي ﷺ للزوج الملاعن «لا سبيل لك عليها» يدل على هذا. وتفريقه ﷺ بين المتلاعنين بعد لعانهما إنما هو بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة. ولكن

(١٠٥٤٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٠.

(١٠٥٤٩) «المغني» ج٧، ص٤١١.

(١٠٥٥٠) «المغني» ج٧، ص٤١١.

الفرقة لا تحصل قبل تمام اللعان بينهما[10551]. وهذا مذهب المالكية والظاهرية والجعفرية[10552].

٨٥٩٢ ـ القول الثاني: تقع الفرقة باللعان وتفريق القاضي:

والقول الثاني: إن الفرقة لا تقع بمجرد لعان الزوجين، بل به وبتفريق القاضي أي أن الفرقة لا تقع حالاً بعد إتمام الزوجين لعانهما، بل لا بدّ من حكم القاضي بالتفريق بين الزوجين الملتعنين، وهذا القول هو الرواية الثانية في مذهب الحنابلة، وهو ظاهر قول الإمام الخرقي الحنبلي إذ قال: «فمن تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً» لقول ابن عباس في حديثه: ففرق رسول الله ﷺ بينهما. وهذا يقتضي أن الفرقة لم تقع قبله. وفي حديث عويمر، قال الزوج الملاعن: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ، وهذا يقتضي إمكان إمساكها وأنه وقع طلاقه. ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك، لما وقع طلاقه ولما أمكنه إمساكها؛ ولأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم، فالفرقة المتعلقة به لا تقع إلا بحكم الحاكم كفرقة العِنّة[10553].

٨٥٩٣ ـ الحنفية من أصحاب القول الثاني:

والحنفية من أصحاب القول الثاني، فعندهم لا تحصل الفرقة بين الزوجين بمجرد اللعان بينهما، بل لا بدّ من تفريق القاضي بعد لعانهما، فقد قال الإمام الكاساني في «بدائعه»: «قال أصحابنا الثلاثة: أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ـ هو وجوب التفريق ما داما على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحاكم، حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه ويجري التوارث بينهما قبل التفريق»[10554]. واحتج الكاساني لهذا القول بالأحاديث النبوية التي وردت في اللعان والمتلاعنين، وفيها أن النبي ﷺ فرَّق بين المتلاعنين بعد أن تلاعنا، ثم قال الكاساني: «فدلت الأحاديث على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج وحده ولا بلعانهما، إذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله ﷺ بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان فالثابت عقبه ـ أي عقب اللعان ـ وجوب التفريق، فإن فرق الزوج بنفسه وإلا ناب عنه القاضي في التفريق، فإذا فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة»[10555].

(١٠٥٥١) «المغني» ج٧، ص٤١٠-٤١١.

(١٠٥٥٢) «المحلى» ج١٠، ص١٤٤، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٩٦، «الروضة البهية»، ص١٨٦.

(١٠٥٥٣) «المغني» ج٧، ص٤١٠.

(١٠٥٥٤) «البدائع» ج٣، ص٢٤٤.

(١٠٥٥٥) «البدائع» ج٣، ص٢٤٢-٢٤٣.

٨٥٩٤ ـ هل يجوز للقاضي التفريق قبل تمام اللعان؟

وإذا كانت الفرقة تقع بلعان الزوجين وتفريق القاضي فهل يجوز له التفريق قبل إتمام الزوجين لعانهما؟

٨٥٩٥ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

قال الحنفية: إن أخطأ القاضي ففرق بين الزوجين قبل تمام اللعان، ينظر: إن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان نفذ التفريق، وإن لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان لم ينفذ»[١٠٥٥٦]، وحجتهم أن حكمه يقع في دائرة الاجتهاد السائغ باعتبار أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام فاقتضى اجتهاده إلى أن الأكثر يقوم مقام الكل في اللعان»[١٠٥٥٧].

٨٥٩٦ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة:

وذهب الحنابلة إلى بطلان التفريق إذا أوقعه القاضي قبل تمام اللعان من الزوجين، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: لا يجوز للقاضي أن يفرق بينهما إلا بعد تمام لعانهما فإن فرّق قبل ذلك كان تفريقه باطلاً، وبهذا قال مالك. والحجة لهذا القول أن الشرع ورد بالتفريق بعد كمال السبب، فلم يجز قبله كسائر الأسباب، ولهذا لا يؤخذ بشهادة رجل وامرأة بحجة أنها شهادة بأكثر النصاب[١٠٥٥٨].

٨٥٩٧ ـ القول الراجح:

والراجح قول الحنابلة؛ لأن النص صريح في اللعان المقبول وفي كيفيته الصحيحة وعدد الشهادات التي يقولها المتلاعنان، فلا سبيل إلى تجاوز ذلك بحجة أن الأكثر له حكم الكل. وإذا جاز أن للأكثر حكم الكل، فهذا الجواز لا يشمل جميع الحالات، وبالتالي لا يكون حجة للأخذ به في مسألتنا.

٨٥٩٨ ـ القاضي يفرق بلا استئذان:

وإذا تم اللعان بين الزوجين، فإن القاضي يفرق بينهما بلا استئذان منهما أو من أحدهما؛

(١٠٥٥٦) «البدائع» ج٣، ص٢٤٥.

(١٠٥٥٧) «البدائع» ج٣، ص٢٤٥.

(١٠٥٥٨) «المغني» ج٧، ص٤١١-٤١٢.

لأن النبي ﷺ فرّق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما. وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما فألحق الولد بالمرأة[١٠٥٥٩].

٨٥٩٩ ـ النكاح باق حتى يفرق القاضي:

وإذا كانت الفرقة لا تقع بين الزوجين إلا بتفريق القاضي، فإن النكاح بينهما يعتبر باقياً حتى يفرق القاضي بينهما؛ لأن ما يبطل النكاح لم يوجب، فأشبه مالو لم يلاعن[١٠٥٦٠].

ولهذا قال الحنفية يجوز طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه ويجري التوارث بينهما قبل التفريق[١٠٥٦١]. وبهذا أيضاً قال الزيدية، فالنكاح عندهم باق ما لم يفسخه الحاكم، ويتوارثان قبل الفسخ[١٠٥٦٢].

٨٦٠٠ ـ فرقة اللعان، فسخ أم طلاق؟

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين بتمام اللعان وتفريق القاضي، فهل تعتبر هذه الفرقة فسخاً أم طلاقاً؟ عند الجمهور إن فرقة اللعان فسخ، وقال أبو حنيفة وصاحبه محمد: إنها فرقة طلاق، ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

٨٦٠١ ـ أولاً: قول الجمهور:

أ: قال الحنابلة: فرقة اللعان فسخ؛ لأنها فرقة توجب تحريماً مؤبداً، فكانت فسخاً كفرقة الرضاع؛ ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الملاعن الطلاق، فلم يكن طلاقاً كسائر ما ينفسخ به النكاح؛ ولأنه لو كان طلاقاً لوقع بلعان الزوج دون لعان الزوجة[١٠٥٦٣].

ب: وقال الشافعية: «إنها فرقة فسخ كالرضاع لحصولها بغير لفظ وتحصل ظاهراً وباطناً»[١٠٥٦٤].

جـ: وكذلك قال المالكية: فقد جاء في «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي»:

(١٠٥٥٩) «المغني» ج٧، ص٤١١.

(١٠٥٦٠) «المغني» ج٧، ص٤١١.

(١٠٥٦١) «البدائع» ج٣، ص٢٤٤.

(١٠٥٦٢) «شرح الأزهار» ج٢، ص٥١٥.

(١٠٥٦٣) «المغني» ج٧، ص٤١٢-٤١٣.

(١٠٥٦٤) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٠.

«وحكمه في اللعان أي ثمرته المترتبة عليه.. وفسخ النكاح ورفع الحدّ عنها»(١٠٥٦٥).

د : وكذلك قال الظاهرية، فقد قال ابن حزم: «فإذا قالت ذلك ـ أي اللعان ـ برئت من الحدّ، وانفسخ نكاحها منه وحرمت عليه أبداً»(١٠٥٦٦).

هـ : وكـذلك قال الزيدية، فقد جاء في «شرح الأزهار» في فقه الزيدية: «ثم بعد كمال التحليف ـ اللعان ـ يفسخ الحاكم بينهما. والأقرب أنه لا يتعين لفظ الفسخ، بل يكفي قوله: لا تجتمعان أبداً»(١٠٥٦٧).

٨٦٠٢ ـ ثانياً: مذهب الحنفية في فرقة اللعان(١٠٥٦٨):

عندهم، اختلاف في تكييف فرقة اللعان، فعند الإمام أبي حنيفة وصاحبه الإمام محمد، الفرقة باللعان فرقة بتطليقة بائنة فيزول ملك النكاح، وتثبت حرمة المصاهرة والتزوج ما داما على حالة اللعان. فإن أكذب الزوج نفسه فأقيم عليه الحدّ أو أكذبت الزوجة نفسها بأن صدقته، جاز النكاح بينهما ويجتمعان عليه، وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد: إن فرقة اللعان فرقة فسخ وليست فرقة طلاق، وإنها توجب حرمة مؤبدة كحركة الرضاع والمصاهرة، واحتجوا بقول النبي ﷺ: «المتـلاعنان لا يجتمعان أبداً». والحجة لأبي حنيفة ومحمد أن عويمر العجلاني طلّق زوجته ثلاثاً بعد أن أجرى رسول الله ﷺ اللعان بينهما، فأنفذ النبي ﷺ طلاقه، فيجب على كل ملاعن أن يطلق زوجته التي لاعنها، فإذا لم يفعل ذلك وامتنع منه ناب القاضي منابه في التفريق فيكون طلاقاً. ولأن سبب هذه الفرقة قذف الزوج وما استوجبه من لعان وبعده التفريق، فكانت هذه الفرقة بسبب من الزوج، وكل فرقة تكون من الزوج أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقاً، كما في العنين والخلع والإيلاء ونحو ذلك، وهو قول السلف: (كل فرقة وقعت من قبل الزوج فهي طلاق) ومن هؤلاء السلف إبراهيم والحسن وسعيد بن جبير وقتادة وغيرهم.

٨٦٠٣ ـ تعليل وقوع الفرقة باللعان:(١٠٥٧٠):

اللعـان يسبب نفرة شديدة بين الزوجين المتلاعنين يصعب معها استئناف الحياة الزوجية بمودة وحسن معاشرة وثقة متبادلة، فقد أساء كل من الزوجين للآخر إساءة بالغة، فالزوج إن كان صادقاً في لعانه فقد أشاع فاحشتها، وفضحها على رؤوس الأشهاد وأقامها مقام خزي، وحقق عليها الغضب من الله تعالى، وقطع نسب ولدها عنه. و إن كان كاذباً في لعانه فقد أضاف إلى

(١٠٥٦٥) «الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي» ج١، ص٤٩٦.

(١٠٥٦٦) «المحلى» لابن حزم الظاهري، ج١٠، ص١٤٤. (١٠٥٦٧) «شرح الأزهار» ج٢، ص٥١٥.

(١٠٥٦٨) «البدائع» ج٣، ص٢٤٥ـ٢٤٦. (١٠٥٧٠) «المغني» ج٧، ص٤١٣.

ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة. والزوجة إن كانت صادقة فقد أكذبت زوجها على رؤوس الأشهـاد، وأوجبت عليه لعنـة الله. وإن كانت كاذبة في لعانها فقد أفسدت فراشه وخانته في نفسها، وألزمته العار والفضيحة فهذه الحالة بين الزوجين يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية؛ فاقتضت حكمة الشارع وقوع الفرقة بينهما حتماً؛ لأنه إن كان كاذباً فلا ينبغي أن يُسلّط على إمساكها مع ما صنع من القبيح إليها، وإن كان صادقاً فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها.

المطلب الثالث

وقوع الحرمة المؤبدة باللعان

٨٦٠٤ ـ لا خلاف في وقوع الحرمة المؤبدة:

لا يختلف الفقهاء في حصول الحرمة المؤبدة بين الزوجين المتلاعنين بسبب اللعان، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «إنها تحرم عليه باللعان تحريماً مؤبداً فلا تحلّ له، ولا خلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه لا تحلّ له»[١٠٥٧١]، وبهذا صرّح الفقهاء[١٠٥٧٢]

٨٦٠٥ ـ الحجة لوقوع الحرمة المؤبدة باللعان:

والحجـة لوقوع الحرمة المؤبدة باللعان بين الزوجين المتلاعنين ما جاء في السنة النبوية الشريفة بشأن هذه الحرمة، وأنها حصلت بسبب اللعان فمن ذلك:

أ : الحديث الأول:

في حديث سهل بن سعد الذي أخرجه أبو داود في «سننه» في باب اللعان، وجاء فيه: «... فمضت السنة بعدُ في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً». وجاء في شرحه: وقوله: «ثم لا يجتمعان أبداً» فيه دليل على تأبيد الفرقة[١٠٥٧٣]. وقال الفقيه الشوكاني قوله: «لا يجتمعان أبداً» فيه دليل على تأكيد التحريم، والأدلة الصحيحة الصريحة قاضية بالتحريم المؤبد وكذلك أقوال الصحابة، وهو الذي يقتضيه حكم اللعان ولا يقتضي سواه، فإن لعنة الله وغضبه قد حلّت بأحدهما لا محالة[١٠٥٧٤]، أي فلا يصلحان لاستئناف الحياة الزوجية بعد الذي حصل بينهما، وأن أحدهما ملعون أو مغضوب عليه.

(١٠٥٧١) «المغني» ج٧، ص٤١٤.

(١٠٥٧٢) «المحلى» ج١٠، ص١٤٤، «مغني المحتـاج» ج٣، ص٣٨٠، «الشـرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٩٦، «المختصر النافع» ص٢٣٥.

(١٠٥٧٣) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج٦، ص٣٣٧، ٣٣٨.

(١٠٥٧٤) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٧٢.

٨٦٠٦ ـ ب: **الحديث الثاني:**

وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «المتلاعنان أن لا يجتمعا أبداً». وعن علي ـ رضي الله عنه ـ قال: «مضت السنة في المتلاعنين لا يجتمعان أبداً»[10575].

٨٦٠٧ ـ إكذاب الزوج القاذف نفسه أو تصديق الزوجة له:

وإذا لاعن الزوج القاذف وتبعته الزوجة المقذوفة فلاعنت، وفرق الحاكم بينهما ووقعت الحرمة المؤبدة بينهما، فهل ترتفع هذه الحرمة إذا أكذب الزوج القاذف نفسه أو إذا أكذبت الزوجة نفسها بأن صدقته فيما رماها به من الزنى، أو إذا كان تكذيب الزوج نفسه أو تصديق الزوجة له قبل اللعان أو بعده وقبل تفريق القاضي، فما أثر ذلك كلّه وماذا يترتب عليه؟ هذا ما نبيّنه في الفقرات التالية:

٨٦٠٨ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

أ : إذا أكذب الزوج نفسه:

إذا أكذب الزوج نفسه سقطت الحرمة المؤبدة عند أبي حنيفة ومحمد ولم تسقط عند أبي يوسف؛ لقوله ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»، وهذا نصٌّ على تأبيد الحرمة فلا ترتفع حتى ولو أكذب الزوج نفسه وأقيم عليه الحدّ ـ حدّ القذف ـ. والحجة لأبي حنيفة ومحمد، إن أكذاب الزوج القاذف نفسه رجوع عن الشهادة، والشهادة بعد الرجوع عنها لا حكم لها، وهما لا يجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب لما قلنا فيجوز أن يجتمعا لزوال الحرمة المؤبدة[10576].

٨٦٠٩ ـ ب : إذا صدّقت الزوجة زوجها القاذف:

وكذلك الحكم عند الحنفية، على هذا الخلاف فيما بينهم، إذا أكذبت الزوجة نفسها بعد القذف بأن صدّقت زوجها فيما قذفها به، فقد جاء في «البدائع» للإمام الكاساني: «فإن أكذب الزوج نفسه فجلِد الحدّ، أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته، جاز النكاح بينهما ويجتمعان. وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد: هي فرقة بغير طلاق، وإنها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة ـ أي فلا تسقط بإكذاب الزوج نفسه أو بإكذاب الزوجة نفسها بتصديق زوجها ـ واحتجوا بقوله ﷺ: المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[10577].

(١٠٥٧٥) ذكرهما الشوكاني وقال عنهما: رواهما الدارقطني: «نيل الأوطار» للشوكاني، ج٦، ص٢٧١.

(١٠٥٧٦) «البدائع» ج٣، ص٢٥٥.　　(١٠٥٧٧) «البدائع» ج٣، ص٢٤٥.

٨٦١٠ - ولو أكذب الزوج نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلّت له من غير تجديد عقد النكاح. ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظرنا: فإن لم يطلّقها قبل الإكذاب أقيم عليه حدّ القذف، وإن طلّقها ثم كذّب نفسه فلا حدّ عليه ولا لعان؛ لأن اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة بالطلاق؛ لأن الفرقة حصلت. ولا يجب عليه حدّ القذف؛ لأن قذفه وقع موجباً إجراء اللعان فلا ينقلب موجباً إقامة الحدّ، بخلاف إكذاب نفسه بعد اللعان؛ لأن حده حينئذٍ للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان وليس القذف الأول؛ لأنه أخذ حكمه وهو ترتيب اللعان عليه[١٠٥٧٨].

٨٦١١ - ثانياً: مذهب الشافعية:

قالوا: يقع باللعان حرمة مؤبدة، وإن أكذب نفسه فلا يفيده ذلك عود النكاح ولا رفع تأبيد الحرمة؛ لأنهما حقّ له وقد بطلا، فلا يتمكن من عودهما بخلاف الحدّ ولحوق النسب، فإنهما يعودان لأنهما حقّ عليه[١٠٥٧٩].

٨٦١٢ - ثالثاً: مذهب الحنابلة:

إذا تمّ اللعان بين الزوجين وفرّق الحاكم بينهما، ثم أكذب الزوج القاذف نفسه، فالذي رواه الجماعة عن الإمام أحمد بن حنبل أن الحرمة المؤبدة بينهما لا ترتفع وتبقى المرأة لا تحلّ له، كما لو لم يكذب نفسه. قال ابن قدامة الحنبلي: وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهري، ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور. واحتج ابن قدامة لهذا القول بما روي عن سهل بن سعد أنه قال في حديث اللعان: «مضت السنّة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً»[١٠٥٨٠]. وهذا أيضاً مذهب الظاهرية[١٠٥٨١].

٨٦١٣ - وإذا أكذب نفسه فعليه حدّ القذف، سواء أكذب نفسه قبل أن يلاعن زوجته أو بعد أن يلاعنها، قال ابن قدامة الحنبلي: وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً. وذلك لأن اللعان أقيم مقام البيّنة في حقّ الزوج، فإذا أكذب نفسه ظهر أن لعانه كذب، وزيادة في هتك زوجته، فلا أقل من أن يجب عليه حدّ القذف[١٠٥٨٢].

٨٦١٤ - رابعاً: مذهب الجعفرية[١٠٥٨٣]

(١٠٥٧٨) «فتح القدير» ج٣، ص٢٥٥.

(١٠٥٧٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٠.

(١٠٩٨٠) «المغني» ج٧، ص٤١٤.

(١٠٥٨١) «المحلى» ج١٢، ص١٤٤.

(١٠٥٨٢) «المغني» ج٧، ص٤١٤-٤١٥.

(١٠٥٨٣) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٨٦.

قالوا: ولا تثبت الأحكام أجمع إلا بمجموع لعانهما. وعلى هذا، لو أكذب الزوج نفسه في أثناء اللعان وجب عليه حدّ القذف ولم يثبت شيء من الأحكام الأخرى كوقوع الفرقة والحرمة المؤبدة. ولو أكذب نفسه بعد لعانه وقبل لعانها ففي وجوب الحدّ عليه قولان، وكذا القولان لو أكذب نفسه بعد لعانهما، والأقوى ثبوته ـ أي ثبوت الحدّ فيهما ـ ولكن لو كان رجوعه ـ أي إكذاب نفسه بعد لعانهما ـ لا يعود الحلّ، أي يبقى التحريم المؤبد بينهما.

المطلب الرابع

انتفاء نسب الولد باللعان

٨٦١٥ ـ النصوص في قطع نسب الولد عن الزوج باللعان:

أولاً: قال الإمام البخاري ـ رحمه الله تعالى ـ في «صحيحه»: باب، يلحق الولد بالملاعنة ثم روى البخاري حديث ابن عمر وفيه: «أن النبي ﷺ لاعن بين رجل وامرأته فانتفى من ولدها، ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة».

وجاء في شرحه: قوله، باب يلحق الولد بالملاعنة، أي إذا انتفى الزوج منه قبل الوضع أو بعده. واستدل بهذا الحديث على مشروعية اللعان لنفي الولد»[١٠٥٨٤]. وأخرج هذا الحديث الإمام مسلم وأبو داود وفيه: ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بأمّه»[١٠٥٨٥].

ثانياً: وأخرج أبو داود والبيهقي عن سهل بن سعد حديثاً في متلاعنين عند رسول الله ﷺ، وجاء فيه: «فكانت ـ أي زوجة الملاعن ـ حاملاً فأنكر حملها، وكان ابنها يدعى إليها»[١٠٥٨٦].

٨٦١٦ ـ أقوال الفقهاء في انتفاء النسب باللعان:

ذكرنا فيما سبق أن قذف الزوج زوجته قد يكون بنفي نسب حملها أو ولدها عن الزوج القاذف، فإذا جرى اللعان لنفي النسب انتفى نسبه عنه بناء على ما ورد في السنة النبوية الشريفة، وقد ذكرنا بعض ما جاء فيها في هذه المسألة في الفقرة السابقة، ونذكر فيما يلي بعض أقوال الفقهاء.

(١٠٥٨٤) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٤٦٠.

(١٠٥٨٥) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج١٠، ص١٢٧، سنن أبي داود، ج٦، ص٣٤٨.

(١٠٥٨٦) «سنن أبي داود» ج٦، ص٣٣٩، «السنن الكبرى» للبيهقي، ج٧، ص٤٠٦.

٨٦١٧ - **أولاً: مذهب الحنفية:**

قالوا: لو كان القذف بنفي الولد، نفي القاضي نسبه عن الزوج وألحقه بأمّه. ولو قذفها بالزنى ونفي الولد، ذكر في اللعان الأمرين - أي الزنى ونفي الولد - ثم ينفي القاضي الولد ويلحقه بأُمّه؛ لما روي أن النبي ﷺ نفى ولد امرأة هلال بن أمية وألحقه بها. ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد، فيوفر عليه مقصوده[١٠٥٨٧].

٨٦١٨ - **ثانياً: مذهب الشافعية:**

قالوا: وإن نفى باللعان نسب ولد انتفى عنه لما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رجلاً لاعن امرأته في زمان النبي ﷺ وانتفى عن ولدها، ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة. فإن لم يذكر الزوج نفي نسب الولد في لعانه أعاد اللعان، واستدلوا بحديث ابن عمر المذكور أنه لا يشترط في نفي الولد التصريح بأنها ولدته من زنى ولا التصريح بأنه استبرأها بحيضة. وقالوا أيضاً بأن الولد ينتفي نسبه عنه بلعانه وإن لم تلاعن الزوجة[١٠٥٨٨].

٨٦١٩ - **ثالثاً: مذهب المالكية:**

جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «وحكمه - أي اللعان - ستة، ثلاثة منها مترتبة على لعان الزوج: (الأول): رفع الحدّ.. و(الثاني): قطع نسبه من حمل ظاهر أو سيظهر»[١٠٥٨٩]. وفي «الشرح الصغير» للدردير: «وحكمه - أي اللعان - رفع الحدّ عن الزوج، وقطع النسب بولدها عنه»[١٠٥٩٠].

٨٦٢٠ - **رابعاً: مذهب الظاهرية:**

قالوا: إن كانت الزوجة الملاعنة حاملاً، فبتمام الالتعان منهما جميعاً ينتفي عنه الحمل، سواء ذكر الزوج في لعانه نفي الحمل أو لم يذكره إلا أن يقرّ به فيلحقه نسبه. ولا حدّ عليه في قذفه لها مع إقراره بأن حملها منه إذا التعن. فإن لم يلاعنها حتى وضعت حملها، فله أن يلاعنها لدرء الحدّ عن نفسه. وأما ما ولدت، فلا ينتفي عنه بعد أصلاً.

(١٠٥٨٧) «الهداية وفتح القدير» ج٣، ص٢٥٧.

(١٠٥٨٨) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٦، ص٤٤٩، ٤٥٠، «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٠.

(١٠٥٨٩) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٥١٤.

(١٠٥٩٠) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٥١٤.

٨٦٢١ ـ **خامساً: مذهب الزيدية:**

قالوا، بعد تمام اللعان بين الزوجين يفسخ الحاكم بينهما النكاح، ويحكم بنفي الولد إن كان ثم ولد، فيسقط الحدّ عنهما متى حكم الحاكم بالفسخ ونفي الولد[١٠٥٩١].

٨٦٢٢ ـ **سادساً: مذهب الجعفرية:**

جاء في «شرائع الإسلام» في فقه الجعفرية: «ومع لعانهما ثبوت أحكام أربعة: سقوط الحدّين ـ حدّ القذف عن الزوج، وحدّ الزنى عن الزوجة ـ وانتفاء الولد عن الرجل دون المرأة، وزوال الفراش ـ انقطاع النكاح ووقوع الفرقة ـ والتحريم المؤبد»[١٠٥٩٢]. وفي «الروضة البهية»: «ويتعلق بلعانهما معاً. . ونفي الولد عن الرجل لا عن المرأة إن كان اللعان لنفيه»[١٠٥٩٣].

٨٦٢٣ ـ **سابعاً: مذهب الحنابلة:**

قالوا: إن قذف زوجته وانتفى من ولدها وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم، نفي عنه إذا ذكره في اللعان. فلا بدّ أن يوجد اللعان منهما لنفي نسب الولد عن الزوج، وهذا قول عامة أهل العلم كما قال ابن قدامة الحنبلي. والحجة لهذا القول بأن النبي ﷺ نفى الولد عن الزوج الملاعن بعد تلاعنهما، فلا يجوز النفي بلعان الزوج وحده كما ذهب إلى ذلك الشافعي[١٠٥٩٤].

٨٦٢٤ ـ واشترط الحنابلة لنفي الولد أن يبدأ الزوج باللعان أولاً قبل زوجته، فإن بدأت الزوجة باللعان أولاً قبل زوجها لم يعتد بلعانها، فلا بد أن تكون البداءة باللعان للزوج، ثم تلاعن الزوجة بعده. قال ابن قدامة الحنبلي: وبهذا قال أبو ثور وابن المنذر.

وقال مالك وأصحاب الرأي: إن فعل ـ أي إذا بدأ القاضي بلعان الزوجة أولاً ـ أخطأ السنة والفرقة جائزة، وينتفي الولد عنه؛ لأن الله تعالى في القرآن الكريم عطف لعانها على لعانه بالواو وهي لا تقتضي ترتيبها؛ ولأن اللعان قد وجد منهما جميعاً فأشبه ما لو جرى اللعان مرتباً. وعند الشافعي لا يتم اللعان إلا بالترتيب إلا أنه يكفي عنده لعان الرجل وحده لنفي الولد، وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة[١٠٥٩٥]. وقد ردّ ابن قدامة على

(١٠٥٩١) «شرح الأزهار» ج٢، ص٥١٥ ـ ٥١٦.

(١٠٥٩٢) «شرائع الإسلام» ج٣، ص١٠٠.

(١٠٥٩٣) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٨٦.

(١٠٥٩٤) «المغني» ج٧، ص٤١٦-٤١٧.

(١٠٥٩٥) «المغني» ج٧، ص٤١٧.

من لم يشترط براءة الزوج باللعان بقوله: (ولنا) أنه أتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة، فلم يصح كما لو اقتصر على لفظة واحدة ـ أي على شهادة واحدة ـ؛ ولأن لعان الرجل بيّنة لإثبات زناها ونفي ولدها، ولعان المرأة للإنكار فقدمت بيّنة الإثبات كتقديم الشهود على الأيمان؛ ولأن لعان المرأة لدرء العذاب عنها ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل، فإذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته فلم يصح كما لو قدمته على القذف[١٠٥٩٦].

٨٦٢٥ ـ واشترط الحنابلة أيضاً أن يذكر الزوج نفي الولد في لعانه، فإذا لم يذكر ذلك لم ينتفِ الولد عنه إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه فيه، وهذا ظاهر كلام الإمام الخرقي الحنبلي، وهو اختيار القاضي الحنبلي وهو مذهب الشافعي. وقال أبو بكر من الحنابلة لا يحتاج إلى ذكر الولد ونفيه في لعانه؛ لأنه ينتفي بزوال الفراش ـ أي بوقوع الفرقة بين الزوجين؛ ولأن حديث سهل بن سعد الذي وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الزوج الملاعن نفي الولد، وقال سهل في هذا الحديث: ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وقضى أن لا يُدعى ولدها لأب، ولا يرمى ـ أي لا يقذف ـ ولدها. رواه أبو داود، وفي حديث رواه مسلم عن عبد الله بن عمر أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله ﷺ، ففرّق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بأُمّه. ورجح ابن قدامة الحنبلي القول باشتراط أن يذكر الزوج نفي الولد في لعانه ينتفي الولد عنه محتجاً بأن غاية ما في اللعان أن يثبت زناها، وذلك لا يوجب نفي الولد بدون ذكره. وأما حديث سهل بن سعد فقد روي فيه: (وكانت حاملاً فأنكر حملها) من رواية البخاري وروى ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها، ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة. والزيادة من الثقة مقبولة. فعلى هذا لا بد من ذكر نفي الولد في كل لفظة ـ أي في كل شهادة من شهادات اللعان ـ ومع اللعن في الخامسة؛ لأنها من لفظات اللعان[١٠٥٩٧].

٨٦٢٦ ـ القول الراجح في شروط انتفاء الولد باللعان:

والقول الراجح في انتفاء نسب الولد عن الزوج باللعان ما ذهب إليه الحنابلة وما رجحه ابن قدامة من أقوالهم في هذه المسألة، فلا ينتفي نسب ولد الزوجة عن الزوج إلا باللعان المستجمع لشروطه التي اشترطوها فيه وهي:

أ : أن يتم اللعان بينهما.

ب : وأن يكون الزوج هو البادىء باللعان.

(١٠٥٩٦) «المغني» ج٧، ص٤١٧.

(١٠٥٩٧) «المغني» ج٧، ص٤١٧-٤١٨.

جـ : وأن يأتي الزوجان اللعان بألفاظ وصيغة اللعان المقررة.

د : وأن يذكر الزوج في لعانه نفي الولد. والحجة لهذا الترجيح ما ذكرناه أثناء ذكرنا لهذه الشروط عند القائلين بها المشترطين لها.

٨٦٢٧ ـ إكذاب الزوج نفسه في نفي الولد:

إذا لاعن الزوج زوجته ونفى ولدها ثم أكذب نفسه لحقه الولد إن كان حيّاً ـ أي ثبت نسبه منه ـ قال ابن قدامة الحنبلي: بغير خلاف بين أهل العلم. وإن كان ميتاً لحقه نسبه أيضاً في قول أكثر أهل العلم كما قال ابن قدامة أيضاً، ويعلّل ذلك بأن سبب نفيه عنه نفيه له، فإذا أكذب نفسه فقد زال سبب النفي وبطل، فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحوق نسبه به[١٠٥٩٨]، وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وإن أكذب نفسه فلا يفيده ذلك عود النكاح ولا رفع تأبيد الحرمة. . بخلاف الحدّ ولحوق النسب، فإنهما يعودان لأنهما حقّ عليه»[١٠٥٩٩].

٨٦٢٨ ـ تصديق الزوجة زوجها في نفي الولد:

ولو صدّقت الزوجة زوجها في نفي ولدها قبل أن يلاعن أو بعد أن لاعن وقبل أن تلاعن هي، فإن نسب الولد لا ينقطع عن أبيه الزوج القاذف لتعذر اللعان لما فيه من التناقض؛ لأنها في لعانها تشهد أنه من الكاذبين وقد قالت: إنه صادق، وإذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب لأنه حكمه، ويكون ولدهما ولا يصدقان بنفيه؛ لأن النسب قد ثبت بالنكاح، والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع إلا باللعان ولم يوجد، ولا يعتبر تصادقهما على النفي؛ لأن النسب يثبت حقّاً للولد، وفي تصادقهما على النفي إبطال حقّ الولد، وهذا لا يجوز[١٠٦٠٠].

٨٦٢٩ ـ ما يترتب على انتفاء نسب الولد:

وإذا تم اللعان بين الزوجين وحكم الحاكم بالتفريق وبانتفاء نسب الولد عن الزوج، فلا يجري التوارث بين الولد المنفي وبين الزوج الملاعن، كما لا تجري بينهما النفقة. ولكن يعتبر النسب قائماً بينهما في حقّ الأحكام التالية وهي: الشهادة، والزكاة، والقصاص، والنكاح، وعدم لحوقه بالغير ـ أي عدم انتسابه إليه ـ وعلى هذا، لا تجوز شهادة أحدهما للآخر، ولا صرف زكاة ماله إليه، ولا يجب القصاص من الملاعن بقتله الولد المنفي، ولو كان للولد المنفي ابن وللزوج الملاعن بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت. ولو ادّعى إنسان نسب هذا

(١٠٥٩٨) «المغني» ج٧، ص٤١٩ـ٤٢٠.

(١٠٥٩٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٣٨٠.

(١٠٦٠٠) «فتح القدير» ج٣، ص٢٥١، والفقرة ٩٥٨٩.

الولد ـ ولد الملاعنة ـ لا يصح إلحاقه به ولو صدّقه الولد بذلك. وهذا ما قاله الحنفية، وعلّلوا ذلك بقولهم: لأن النفي باللعان ثبت شرعاً بخلاف الأصل بناء على زعم الزوج القاذف وظنه مع كونه مولوداً على فراشه، وقد قال النبي ﷺ: «الولد للفراش». وعلى هذا، لا يظهر أثر اللعان في هذه الأحكام التي ذكروها، وقالوا: إن النسب يعتبر قائماً بينهما بالنسبة إلى هذه الأحكام[١٠٦٠١].

(١٠٦٠١) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٥٩٣.



الفصل السابع
التفريق للشقاق

٨٦٣٠ - تمهيد، ومنهج البحث:

قد يحدث الشقاق بين الزوجين وهو شيء مقيت يعرض الرابطة الزوجية إلى الانقطاع، فما موقف الشريعة الإسلامية منه، وهل اتخذت وسائل معنية للوقاية من وقوعه؟ وإذا وقع، فما وسيلة أو وسائل علاجه التي قررتها الشريعة الإسلامية؟ وأخيراً فإذا استعصى الشقاق على العلاج والحلّ المرضي بين الزوجين، فهل يصلح الشقاق سبباً للتفريق بين الزوجين؛ هذا ما نعالجه ونبحثه في هذا الفصل، وعليه، نقسمه إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الشقاق، وعلاجه، والتفريق بسببه.
المبحث الثاني: التحكيم في الشقاق.

المبحث الأول

الشقاق

تعريفه، وعلاجه والتفريق بسببه

٨٦٣١ ـ الشقاق في اللغة:

الشِّقَاق، غلبة العداوة والخلاف، يقال: شَاقَّه مُشَاقَّة وشِقَاقاً أي خالفه مخالفة. والشِّقَاق: العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين[١٠٦٠٢]. وأصله من الشِّق وهو الجانب فكأن كل واحد من الفريقين في شق غير شق صاحبه. وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يَشُق ويصعب فكأن كل واحد من الفريقين يحرص على ما يشق على صاحبه[١٠٦٠٣].

٨٦٣٢ ـ الشقاق في الاصطلاح الشرعي:

لم يعرّف الفقهاء «الشقاق» في الاصطلاح الشرعي ولكنهم ضمنوه معناه اللغوي وهم يتكلمون عن معناه في الشرع باعتباره سبباً للتفريق بين الزوجين، فكأنهم اكتفوا بمعناه اللغوي الواضح، وأنه هو المراد باعتباره سبباً للتفريق.

٨٦٣٣ ـ ولكن المفسرين ذكروا المراد من الشقاق في قوله تعالى: **﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا...﴾** فقال الإمام الرازي ـ رحمه الله ـ: «للشقاق تأويلات:

أحدهما: أن كل واحد منهما يفعل ما يَشُق على صاحبه.

والثاني: أن كل واحد منهما صار في شِق بالعداوة والمباينة»[١٠٦٠٤] وفي «تفسير المنار» في

(١٠٦٠٢) «لسان العرب» لابن منظور، ج١٢، ص٥٠، «مفردات غريب القرآن» للأصفهاني، ص٢٦٤.

(١٠٦٠٣) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج٢، ص١٤٣.

(١٠٦٠٤) «تفسير الرازي» ج١٠، ص٩٢.

تفسير هذه الآية: والشقاق هو الخلاف الذي يكون به كل من المختلفين في شِق - أي في جانب -»[١٠٦٠٥].

٨٦٣٤ - النّص الشرعي في الشقاق بين الزوجين:

قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾[١٠٦٠٦].

٨٦٣٥ - كيف عالجت الشريعة الشقاق بين الزوجين:

الشقاق بين الزوجين شيء مقيت وكريه وغير مرغوب فيه شرعاً؛ لأنه يقوّض دعائم الأسرة ويزعزع استقرارها ويعرض الحياة الزوجية للخطر والانتهاء، فكيف عالجت الشريعة الإسلامية موضوع الشقاق بين الزوجين، وهل اكتفت بما شرعته في هذه الآية الكريمة من بعث الحكمين لتقصي أسباب الشقاق ومحاولة إصلاح الحال، أم أن الشريعة الإسلامية ذهبت في علاج الشقاق إلى مدى أبعد، وما هو هذا المدى الأبعد؟ والجواب: أن الشريعة الإسلامية، عالجت الشقاق قبل وقوعه بمعالجة أسبابه والقضاء عليها، فمن أسبابه تجاوز كل من الزوجين على حقوق الآخر، أو كراهة أحدهما للآخر، أو تشدد المرأة في استيفاء كامل حقوقها من الزوج دون مراعاة ما قد يطرأ على نفسه من تغيرات.

٨٦٣٦ - الخلاصة في علاج الشريعة للشقاق:

وخلاصة القول، إن الشريعة الإسلامية عالجت الشقاق بين الزوجين بوسيلتين:

الأولى: بالوسيلة الوقائية بالقضاء على أسباب الشقاق.

والثانية: بوسيلة التحكيم إذا وقع الشقاق أو خيف من وقوعه. ونتكلم عن الوسيلة الوقائية فيما يلي، وعن التحكيم في مبحث قادم.

٨٦٣٧ - سبل الوقاية من الشقاق:

أولاً: تعريف الزوجين بحقوقهما:

بيّنت الشريعة الإسلامية أن الحقوق بين الزوجين متقابلة، وعلى كل طرف أن يراعي حقوق الطرف الآخر. قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ

(١٠٦٠٥) «تفسير المنار» للمرحوم محمد رشيد رضا، ج٥، ص٧٧.

(١٠٦٠٦) [سورة النساء، الآية ٣٥].

دَرَجَةٌ﴾[10607]. فلا يجوز لكل منهما التأكيد على حقوقه فقط ومطالبة الآخر بإيفائها له كاملة غير منقوصة وعدم التفريط بها، ولكنه يهمل حقوق صاحبه ولا يهتم بها ولا يقوم بها. ولا شك أن هذا الصنيع من الزوجين يساعد على بـذر الشقاق بينهما، فمعرفة كل من الزوجين ما له من حقـوق، يلزم الـطرف الآخر رعايتها وإيفاؤها، وما عليه من حقوق يلزمه رعايتها وإيفاؤها إلى الطرف الآخر؛ مما يساعد على إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين التي قد تأتي من الجهل بهذه الحقوق أو من التهاون فيها بعد معرفتها.

٨٦٣٨ ـ ثانياً: الأمر بالمعاشرة بالمعروف:

ومن مسببـات الشقـاق التي هي كالبـذور للشقاق، سوء العشرة بين الزوجين، وما تتركه المعاشرة السيئة في نفس المرأة؛ ولهذا أمر الله تعالى الأزواج بمعاشرة زوجاتهم بالمعروف، قال تعالى: ﴿**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالمَعْرُوفِ**﴾ وهذا الأمر الصريح بحسن المعاشرة له أثره في نفس المسلم ويحمله على نبذ الشقاق والابتعاد عن أسبابه، إذ ليس مما يتفق وتنفيذ هذا الأمر حصول الشقاق بين الزوجين والتسبب في حصوله، أو الرضا باستمراره[10608].

٨٦٣٩ ـ ثالثاً: تذكير المرأة بعظيم حقوق الزوج عليها:

كما أن الشريعة بيَّنت ما للزوج من عظيم الحقوق على زوجته، وأن الشأن بالزوجة المسلمة الصالحة أن ترعى هذه الحقوق ولا تفرط فيها وتؤديها إلى زوجها بطيب من نفسها، وقد بيّنا ذلك تفصيلاً فيما سبق[10609]. ولا شك أن هذا البيان له أثره في نفس الزوجة المسلمة؛ مما يحملها أو يساعدها على الابتعاد عن حالة المشاقة لزوجها.

٨٦٤٠ ـ رابعاً: عدم الاستجابة لمقتضيات الكراهة:

قد يكره الزوج زوجته، وهذه الكراهة قد تؤدي إلى عدم إيفاء المرأة حقوقها وإلى جفوتها وإلى سوء معـاشـرتها ومعاملتها وكل ذلك يؤذي المرأة ويسبب الخلاف والشقاق فيما بينهما، فعالجت الشريعة هذا الأمر أي إحساسه بكراهة زوجته، بإخباره أن هذه الزوجة التي يكرهها قد يأتي له منهـا الخير الكثير، فينبغي له أن لا يستجيب لمقتضيات الكـراهـة، بل يستجيب لمقتضيات الخير المرجو منها، قال تعالى: ﴿**فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ الله فِيهِ خَيْراً كَثِيراً**﴾[10610]. وقد جاء في تفسيرها: «فإن كرهتموهن لعيب في الخَلْق أو الخُلُق، أو

(١٠٦٠٧) [سورة البقرة، من الآية ٢٢٨].

(١٠٦٠٨) انظر الفقرات من ٧٥٩٥ ـ ٧٦١٨.

(١٠٦٠٩) انظر الفقرات من ٧٧٢٧ ـ ٧٧٣٦.

(١٠٦١٠) [سورة النساء، الآية ١٩].

التقصير في العمل الواجب عليهن في خدمة البيت والقيام بشؤونه، أو الميل منكم إلى غيرهن فاصبروا ولا تتعجلوا بمفارقتهن لأجل ذلك، فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً. ومن الخير الكثير الأولاد النجباء، فرُبَّ امرأة يملّها زوجها ويكرهها ثم يجيئه منها من تقرُّ به عينه من الأولاد النجباء فيعلو قدرها عنده..»[10611] ولا شك أن إدراك الزوج هذه المعاني وما أشارت إليه هذه الآية الكريمة أو دلت عليه سيساعد كثيراً على إزالة ما يحسه الزوج من كراهة لزوجته، وبالتالي يساعده ذلك على نبذ مقتضيات الكراهة مثل سوء المعاشرة وما يتولد عنها من شقاق.

٨٦٤١ ـ خامساً: ما ينبغي للزوجة فعله عند نشوز الزوج:

وعلى الزوجة أن لا تتشدد في المطالبة بكامل حقوقها من زوجها إذا رأت منه نشوزاً أو إعراضاً، إبقاء للرابطة الزوجية ومنعاً لمسببات الشقاق، قال تعالى: **﴿وَإِنْ امرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَو إِعْرَاضَاً، فَلَا جُنَاحَ عليْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً. والصُّلْحُ خَيْرٌ، وأُحْضِرتِ الأَنْفسُ الشُّحَ. وإنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإنَّ الله كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً﴾**[10612]. وقد جاء في تفسير هذه الآية الكريمة: وإن خافت من زوجها نشوزاً ـ وهو الترفع والكبر وما يترتب عليهما من سوء المعاملة ـ أو خافت منه الإعراض عنها بأن رأت أماراته، فلا جناح عليها ولا عليه في الصلح الذي يتفقان عليه بينهما كأن تتنازل عن بعض حقوقها عليه كالمبيت عندها أو في إنقاص النفقة عليها حتى تبقى في عصمته مكرمة. وقد قال بعض مفسري السلف إن الآية نزلت في الرجل تكون عنده المرأة يكرهها أو يعرض عنها أو لا يميل إليها لكبرها أو دمامتها، ويريد التزوج عليها فيكاشفها ويخيرها بين الطلاق وبين البقاء بشرط أن تسقط عنه حقّها في القسم ـ أي في حصتها من المبيت عندها، ومثل الرجل الذي عنده زوجتان ويميل إلى إحداهما لصغرها وجمالها ويعرض عن الأخرى لكبر سنها أو دمامتها، ويريد مفارقتها إلا إذا صالحته على إسقاط حقّها في المبيت أو في بعض النفقة؛ لعجزه عن كل النفقة، فإذا رضيت الزوجة على مثل هذا الصلح فالصلح خير لها؛ لأن بقاء الرابطة الزوجية بينهما ـ مع تنازلها عن بعض حقوقها ـ خير من انقطاعها[10613]، ومن الواضح من دلالة الآية الكريمة ومن هذا التفسير لها، أن نشوز الزوج وما يترتب عليه من سوء العشرة والمعاملة يؤدي غالباً إلى الشقاق بين الزوجين ثم إلى الطلاق، وعلاج

(١٠٦١١) [تفسير المنار، ج٤، ص٤٥٧].

(١٠٦١٢) [سورة النساء، الآية ١٢٨].

(١٠٦١٣) «تفسير المنار» ج٥، ص٤٤٥ ـ ٤٤٦.

هذه الحالة بعلاج مسبباتها وهي عزوف الزوج عنها لكبرها أو دمامتها.. الخ، فالعلاج الحاسم لها المبني على الواقع هو تنازل الزوجة عن بعض حقوقها التي جاء ذكرها في التفسير، وبالتالي تزول أسباب نشوز الزوج وإعراضه عنها وما يترتب على ذلك من سوء العِشْرة ثم الشقاق ثم الطلاق.

٨٦٤٢ ـ فإن أبت الزوجة التنازل عن حقوقها أو بعضها عند إعراض الزوج عنها، فينبغي للزوج أن يوفيها حقوقها، فإن عجز عن الإيفاء أو لم يرغب فيه كالمبيت عندها في نوبتها، وآثر المبيت عند زوجته الأخرى مثلاً، فلا جُناح عليه أن يعوضها بمال يبذله لها عوضاً عن ليالي المبيت عندها إذا رضيت بالتنازل عن حقّها في النفقة؛ لأن المقصد هو التراضي لبقاء الرابطة الزوجية[١٠٦١٤]. ومن الواضح أن هذه المصالحة بالتنازل عن حقوقها بعوض أو بدونه تزيل مسببات الخلاف والشقاق، وتبقى الرابطة الزوجية، وهذا خير من انقطاعها، وبدون ذلك سيحصل الخلاف والشقاق ثم الطلاق.

٨٦٤٣ ـ سادساً: ما يفعله الزوج عند نشوز زوجته:

وإذا نشزت الزوجة بأن خرجت عن طاعته ولم تؤدِ حقوقه مما يؤدي إلى الخلاف والشقاق، فعلى الزوج أن يسعى بجد ورغبة في إصلاح حال زوجته، وتخليصها من هذا الذي وقعت فيه، وآلت هي إليه بمعصيتها لله تعالى بنشوزها وخروجها عن طاعة زوجها وعدم إيفائه حقوقه، فيبدأ الزوج معها بالموعظة الحسنة وبتخويفها من سخط الله عليها إن استمرت في نشوزها وشقاقها، فإن لم ينفع ذلك معها هجرها في المضجع، فإن لم ينفع ذلك معها ضربها ضرباً غير مبرِّح قاصداً إصلاحها، ومنعها من النشوز والشقاق. وقد بيّنا من قبل حقّ الزوج في تأديب زوجته ووسائل هذا التأديب وحدوده[١٠٦١٥] ولا شك أن هذا التأديب من الزوج لزوجته الناشز بقصد إصلاحها، إذا آتى ثمرته بإصلاح الزوجة، فإنه سيقضي على أسباب الخلاف والشقاق.

٨٦٤٤ ـ التفريق بسبب الشقاق:

وإذا لم تمنع الوسائل الوقائية التي أشرنا إليها من وقوع الشقاق أو من إزالته إذا وقع، فهل يصلح الشقاق سبباً للتفريق بين الزوجين؟ قولان للفقهاء:

٨٦٤٥ ـ القول الأول: لا يصلح الشقاق سبباً للتفريق بين الزوجين وهو مذهب الحنفية،

(١٠٦١٤) «تفسير المنار» ج٥، ص٤٤٦.

(١٠٦١٥) الفقرات من ٧٨٢٥ ـ ٧٨٤٦.

فقد قال الإمام الجصاص موضحاً هذا القول ومحتجاً له بقوله: «لا خلاف أن الزوج لو أقرَّ بالإساءة إليها لم يفرق الحاكم بينهما، ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين، وكذلك لو أقرّت المرأة بالنشوز لم يجبرها الحاكم على خلع ولا على ردّ مهرها. فإذا كان كذلك حكمهما قبل بعث الحكمين، فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطلاق من جهتهما من غير رضا الزوج وتوكيله، ولا إخراج المهر عن ملكها ـ بالمخالعة ـ من غير رضاها»[10616]. وهذا مذهب أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه، وهو القول الأظهر في مذهب الشافعية، ومذهب الظاهرية والجعفرية[10617].

٨٦٤٦ ـ **القول الثاني**: يصلح الشقاق سبباً للتفريق بين الزوجين؛ لأن بقاء الشقاق ضرر بالزوجين، والضرر يزال، وإزالته عن الزوجة بإيقاع التفريق، وهذا في الرواية الثانية عن الإمام أحمد بن حنبل وهو قول مالك، والقول الثاني في مذهب الشافعية[10618]، وهو قول فقهاء المدينة[10619]. وهذا القول هو ما نرجحه.

٨٦٤٧ ـ التحكيم يسبق التفريق:

وعلى القول الثاني، وهو أن الشقاق يصلح سبباً للتفريق، لا بدّ أن يسبق التفريق تحكيم الحكمين الذين ينظران في أمر الشقاق، فما هو التحكيم في الشقاق؟ وما أثره في إيقاع التفريق؟ هذا ما نبيّنه في المبحث التالي:

(١٠٦١٦) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٢، ص١٩١.

(١٠٦١٧) «المغني» ج٧، ص٤٩، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦١، «المحلى» لابن حزم الظاهري ج١٠، ص٨٨، «الروضة البهية في فقه الجعفرية» ج٢، ص١٣٤.

(١٠٦١٨) «المغني» ج٧، ص٤٩، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦٢، «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٣٣.

(١٠٦١٩) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص٣٣.

المبحث الثاني

التحكيم في الشقاق

٨٦٤٨ ـ تمهيد:

إذا لم تمنع الوسائل الوقائية حصول الشقاق بين الزوجين أو رفعه بعد حصوله، فإن الإجراء اللاحق الذي ينبغي فعله هو ما أشارت إليه الآية الكريمة، والتي ذكرناها ونعيدها هنا، وهي قوله تعالى: **﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمَاً مِنْ أَهْلِهِ وحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إنْ يُرِيدَا إصْلَاحَاً يُوَفِّقِ الله بيْنَهُما، إنَّ الله كانَ عليمَاً خَبيرَاً﴾**.

٨٦٤٩ ـ منهج البحث:

إن نظام التحكيم الذي أشارت إليه الآية الكريمة عند خوف الشقاق بين الزوجين يرتكز على جملة مرتكزات هي عناصر نظام التحكيم، فإذا وجدت هذه العناصر برزت نتائج التحكيم من إصلاح أو تفريق بين الزوجين، فلا بدّ من بيان هذه العناصر: وهي:

أولاً: الخوف من حصول الشقاق بين الزوجين.

والثاني: بعث الحكمين.

والثالث: شروط الحكمين.

والرابع: مهمة أو عمل الحكمين.

وعلى هذا، نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: الخوف من الشقاق.

المطلب الثاني: بعث الحكمين.

المطلب الثالث: شروط الحكمين.

المطلب الرابع: مهمة أو عمل الحكمين.

المطلب الأول

الخوف من شقاق الزوجين

٨٦٥٠ ـ المقصود من الخوف من الشقاق:

قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا..﴾ فقد جاء في معنى ﴿خِفْتُمْ﴾ في هذه الآية: أي أَيْقَنْتُمْ. وقال آخرون: أي ظَنَنْتم[١٠٦٢٠] وفي «تفسير الرازي»: قال ابن عباس (خفتم) أي علمتم. قال: وهذا بخلاف معنى (الخوف) أي علمتم. قال: وهذا بخلاف معنى (الخوف) في قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ فإن الخوف هنا محمول على الظنّ[١٠٦٢١].

٨٦٥١ ـ المقصود من الشقاق:

والمقصود من الشقاق في هذه الآية: أن كل واحد من الزوجين يفعل ما يشُق على صاحبه، أو أن كل واحد منهما صار في شِق بالعداوة والمباينة[١٠٦٢٢]. ويبدو أن المعنيين (للشقاق) متلازمان، فإن نتيجة فعل كل من الزوجين ما يشق على صاحبه أن يصير كل واحد منهما في شق بالعداوة والمباينة على اختلاف في قدر العداوة والمباينة.

المطلب الثاني

بعـث الحكميـن

٨٦٥٢ ـ هل بعث الحكمين واجب أو مندوب؟

قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾، فهل بعث الحكمين واجب كما يدل عليه ظاهر قوله تعالى ﴿فَابْعَثُوا﴾ باعتباره صيغة أمر، والأصل في صيغة الأمر أنها للوجوب؟ اختلف الفقهاء في ذلك، جاء في «تفسير المنار» في هذه الآية وما يدل عليه لفظ ﴿فابعثوا﴾: وظاهر الأمر أن هذا التحكيم واجب ولكنهم اختلفوا فيه، فقال بعضهم إنه واجب، وبعضهم إنه مندوب»[١٠٦٢٣] وفي «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي: «إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكمين..»[١٠٦٢٤]. ومعنى ذلك أن

(١٠٦٢٠) «أحكام القرآن» (تفسير القرآن) للقرطبي، ج٥، ص١٢، ١٧٥.

(١٠٦٢١) «تفسير الرازي» ج١٠، ص٩٢.

(١٠٦٢٢) «تفسير الرازي» ج١٠، ص٩٢.

(١٠٦٢٣) «تفسير المنار» ج٥، ص١٧٩.

(١٠٦٢٤) «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي، ج١، ص٤٢٧.

بعث الحكمين واجب.

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «والبعث - أي بعث الحكمين - واجب كما صححه في زيادة الروضة، وجزم به الماوردي. وقال الأذرعي ظاهر نصّ «الأم» - أي كتاب «الأم» للشافعي - الوجوب»[10625].

وفي «الروضة البهية» في فقه الجعفرية: «وهل بعثهما - أي بعث الحكمين - واجب أو مستحب؟ وجهان، أوجههما الوجوب عملاً بظاهر الأمر في الآية»[10626].

٨٦٥٣ - القول الراجح:

والراجح، أن بعث الحكمين للنظر في شقاق الزوجين واجب لأنَّ قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا﴾ صيغة أمر، والأصل في الأمر أنه للوجوب إلا لقرينة تصرفه عن الوجوب إلى غيره، ولا قرينة هنا تصرفه إلى غير الوجوب، بل القرينة هنا التأكيد على إرادة الوجوب - وجوب بعث الحكمين -؛ لما هو معلوم من حرص الشريعة الإسلامية على الوفاق بين الزوجين وإدامة الرابطة الزوجية، واستمرار الحياة الزوجية الهادئة السعيدة التي تقوم على المودة والوفاق، فهذه القرينة، مع قوله تعالى: ﴿فابعثوا﴾ وهي صيغة أمر، يجعل ترجيحنا واضحاً جليّاً لا تردد فيه.

٨٦٥٤ - من المكلَّف ببعث الحكمين؟

وإذا كان بعث الحكمين إلى الزوجين للنظر في شقاقهما واجباً وليس مندوباً، فمن المكلَّف بالقيام بهذا الواجب - واجب بعث الحكمين -؟ أقوال للعلماء ذكرها أهل التفسير نذكر منها ما يلي[10627].

القول الأول: المكلَّف ببعث الحكمين هو السلطان أو نائبه القاضي، قاله سعيد بن جبير والضحاك.

القول الثاني: المكلّف بذلك الزوجان، قاله السدّي.

القول الثالث: السلطان أو الوليان على الزوجين إذا كانا محجورين. قاله الإمام مالك.

(١٠٦٢٥) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦١.

(١٠٦٢٦) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج٢، ص١٣٣.

(١٠٦٢٧) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٢، ص١٩٠، «أحكام القرآن» لابن العربي، ج١، ص٤٢٣، «تفسير الرازي» ج١٠، ص٩٢، «تفسير ابن كثير» ج١، ص٤٩٣، «تفسير الآلوسي» ج٥، ص٢٦، «تفسير المنار» ج٥، ص٧٨-٧٩.

القول الرابع: كل واحد من صالحي المسلمين. وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ﴾ وهذا خطاب لجميع المسلمين، وليس حمله على البعض أولى من حمله على البعض الآخر، فوجب حمله على الجميع. ثم قال تعالى: ﴿فَابْعَثُوا﴾ فوجب أن يكون هذا أمراً لآحاد المسلمين لهذا المعنى، فثبت بهذا أن لجميعهم أن يبعثوا الحكمين سواء وجد الإمام أو لم يوجد، وأيضاً فإن هذا يجري مجرى دفع الضرر، ولكل واحد من المسلمين أن يقوم به.

القول الخامس: الخطاب ببعث الحكمين موجه إلى من يمكنه القيام بهذا العمل ممن يمثل المسلمين وهم الحكام.

القول السادس: الخطاب ببعث الحكمين عام فيدخل فيه الزوجان وأقاربهما، فإن قام به الزوجان أو ذوو القربى أو الجيران فذاك، وإلا وجب على من بلغه أمرهما من المسلمين أن يسعى في إصلاح ذات بينهما.

٨٦٥٥ ـ القول الراجح:

والراجح من الأقوال، أن يقال إن الخطاب في الآية الكريمة: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ وإن كان هذا الخطاب موجهاً لجميع المسلمين، ولكن لا يتأتى أن يُكلَّف كل واحد منهم بهذا الواجب، ـ بعث الحكمين ـ وإنما يخاطب بهذا الواجب ويكلف به من يمثل المسلمين وينوب عنهم، وهم الحكام باعتبارهم نواباً للسلطان الذي يمثل جماعة المسلمين. كما يمكن أن يكون المكلف بهذا الواجب أيضاً أهل الزوجين لقدرتهم على القيام بهذا الواجب باعتبارهم أهلاً للزوجين ويهمهم أمر الشقاق بينهما وما يؤول إليه هذا الشقاق؛ ولأن أهل الزوجين من جملة المسلمين الذين توجه إليهم الخطاب أصلاً.

٨٦٥٦ ـ وقت بعث الحكمين:

رجحنا أن المكلف ببعث الحكمين هو السلطان باعتباره يمثل جماعة المسلمين، أو القاضي بالاعتباره نائباً عن السلطان، أو أهل الزوجين باعتبارهم من جملة المسلمين ولهم مصلحة مؤكدة في هذا التصرف. وسؤالنا هنا كيف يتدخل السلطان أو نائبه أو أقارب الزوجين في موضوع شقاقهما فيبعثوا حكمين للنظر في هذا الشقاق؟ والجواب هو ما يأتي:

٨٦٥٧ ـ أولاً: وقت بعث الحكمين من قبل السلطان أو نائبه:

نائب السلطان، أي القاضي، هو الذي يقوم ببعث الحكمين للنظر في أمر الشقاق بين الزوجين، ولكن متى وكيف يبعث الحكمين؟ بمعنى هل يبعثهما بعد رفع أمر الشقاق إليه من قبل أحد الزوجين؟ أم يكفي علمه بوقوع الشقاق بينهما، فيقوم هو بإرسال حكمين إلى الزوجين

لينظر في موضوع الشقاق بينهما؟ قولان للعلماء نوجزهما في الآتي:

٨٦٥٨ ـ القول الأول:

يتدخل القاضي ويبعث الحكمين للنظر في أمر الشقاق بين الزوجين إذا رفع إليه أحد الزوجين موضوع الشقاق بينهما، جاء في «أحكام القرآن» للجصّاص «فإذا اختلفا وادّعى ـ أي الزوج ـ النشوز، وادّعت هي ـ الزوجة ـ عليه ظلمه وتقصيره في حقوقها، حينئذٍ بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها ليتوليا النظر فيما بينهما ويردا إلى الحاكم ما يقفان عليه من أمرهما»[١٠٦٢٨]. وواضح من كلام الإمام الجصّاص أن القاضي يتدخل في موضوع الشقاق بين الزوجين ويبعث الحكمين للنظر فيه بعد أن يرفع إليه أحد الزوجين أو كلاهما موضوع الشقاق.

٨٦٥٩ ـ القول الثاني:

يتدخل القاضي ويبعث حكمين للنظر في موضوع الشقاق بين الزوجين إذا علم القاضي بحصول هذا الشقاق، قال الإمام ابن العربي المالكي: «إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكمين ولا ينتظر ارتفاعهما إليه؛ لأن ما يضيع من حقوق الله تعالى أثناء انتظار رفعهما إليه لا جبر له»[١٠٦٢٩]. وهذا صريح في أن القاضي يتدخل في موضوع الشقاق ويبعث حكمين إلى الزوجين بناء على علمه بوقوع الشقاق بينهما دون انتظار إلى رفع أمر الشقاق إليه من قبلهما أو من قبل أحدهما.

٨٦٦٠ ـ وقت بعث الحكمين من قبل أهل الزوجين:

تدخل أهل الزوجين في موضوع الشقاق بينهما بأن يتقدم أهل الزوج فيبعثوا حكماً منهم، ويتقدم أهل الزوجة فيبعثوا حكماً منهم، ينظر الحكمان في موضوع الشقاق ويسعيان للإصلاح، هذا التدخل من أهل الزوجين هو على سبيل التناصح والتعاون ولأن لأهل الزوجين مصلحة مؤكدة في رفع هذا الشقاق والنزاع بين الزوجين، ولكن ليس لهذين ولاية الإلزام فيما يقرّرانه؛ فهما لهذا يختلفان عن الحكمين الذين يبعثهما القاضي للنظر في شقاق الزوجين ـ كما سنبينه فيما بعد ـ وعلى كل حال، فليس هناك مانع شرعي من قيام أهل الزوجين ببعث الحكمين منهم للنظر في أمر الشقاق والسعي لحسمه وإنهائه. ولا يحتاج أهل الزوجين إلى أخذ الإذن من القاضي ليقوموا باختيار الحكمين وبعثهما للنظر في أمر الشقاق.

(١٠٦٢٨) «أحكام القرآن» للجصاص، ج١، ص١٩٠، وانظر «البدائع» ج٢، ص٢٣٤.

(١٠٦٢٩) «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي، ج١، ص٤٢٧.

المطلب الثالث

شـروط الحكميـن

٨٦٦١ ـ أولاً: أن يكونا من أهل الزوجين:

قال تعالى: ﴿وإنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أهْلِهَا﴾[10630]. فالآية الكريمة أمرت بإرسال حكم من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، فهل هذا الشرط وهو كون الحكمين من أهل الزوج وأهل الزوجة هو شرط للوجوب، فلا يصح إرسال حكمين من غير أهل الزوجين، أم يصح أن يكون الحكمان من أهل الزوجين ومن غير أهلهما؟ قولان للفقهاء.

٨٦٦٢ ـ القول الأول:

الأولى أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، كما جاء في الآية الكريمة، فإن كانا من غير أهل الزوجين جاز، وهذا قول جمهور العلماء[10631].

٨٦٦٣ ـ القول الثاني:

يجب أن يكـون الحكمان من أهل الزوجين، أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة، وهذا قول المالكية، فقد جاء في «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي: «الأصل في الحكمين أن يكـونا من الأهل»، وفي حاشية الدسوقي في فقه المالكية: «لأن ظاهر الآية أن كونهما من أهلهما ـ أي من أهل الزوجين ـ مع الوجدان شرط واجب»[10632]. وهذا قول مرجوح عند الجعفرية، فقد جاء في «الروضة البهية»: «فيبعث الحاكم الحكمين من أهل الزوجين أو من غيرهما، وقيل يتعين كونهما من أهلهما عملاً بظاهر الآية»[10633] وفي «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «.. بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها»[10634] وظاهر هذا القول أن كون

(١٠٦٣٠) [سورة النساء، الآية ٣٥].

(١٠٦٣١) «تفسير الرازي»، ج١٠، ص٩٣، «تفسير الآلوسي» ج٥، ص٢٦، «المغني» ج٧، ص٥٠. «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦١، «الروضة البهية» ج٢، ص١٣٣.

(١٠٦٣٢) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج١، ص٤٢٦.

(١٠٦٣٣) «الروضة البهية» ج٢، ص١٣٣-١٣٤.

(١٠٦٣٤) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٨٧.

٨٦٦٤ ـ الراجح من القولين:

والراجح، أن يكون الحكمان من أهل الزوجين لوروده في الآية الكريمة فدل ظاهر الآية على وجوب ذلك، ويؤيده أن الغرض من إرسال الحكمين إمكان التوصل إلى إزالة النزاع والشقاق بين الزوجين، والحكمان إذا كانا من أهل الزوجين كان احتمال توصلهما إلى إزالة الشقاق احتمالاً كبيراً لحرصهما الشديد على الإصلاح؛ ولأن من مصلحتهما إزالة الشقاق بينهما؛ ولأنهما أقدر من غيرهما على تفهم أسباب الشقاق؛ لأن الزوجين يبوحان لهما مالا يبوحانه لغيرهما من الأجانب.

٨٦٦٥ ـ متى يجوز اختيار الحكمين من غير أهل الزوجين:

وإذا كان اختيار الحكمين من أهل الزوج ومن أهل الزوجين واجباً، فإن هذا الوجوب مقيّد بإمكانه بأن يوجد في أهل الزوجين من يصلح أن يكون حكماً، فإن لم يكن ذلك أصلاً لعدم وجود الصالح ليكون حكماً، جاز اختيار الحكمين من غير أهل الزوجين، وفي هذه الحالة يستحب أن يكونا من جيران الزوجين؛ لأن الجار أدرى بحال جاره من غيره. وإذا أمكن اختيار أحد الحكمين من أهل أحد الزوجين اختير هذا الحكم ويختار الحكم الآخر من الأجانب[١٠٦٣٥].

٨٦٦٦ ـ ثانياً: أن يكونا بالغين عاقلين:

ويشترط في الحكمين أن يكونا بالغين عاقلين ـ ، وزاد المالكية فاشترطوا أن يكونا رشيدين ـ مسلمين عدلين، ويكون عندهم من الفقه ما يمكنهما من القيام بمهمتهما من الجمع بين الزوجين أو التفريق فيما بينهما، فإذا كانا جاهلين بذلك لم يهتدوا إلى المطلوب منهما، وربما أساءوا ولم يصلحوا[١٠٦٣٦].

٨٦٦٧ ـ هل تشترط الحرية في الحكمين:

قال بعض الحنابلة يشترط كون الحكمين حرّين، وهو مذهب الشافعي، قال ابن قدامة

(١٠٦٣٥) «تفسير القرطبي» ج٥، ص١٧٥، «تفسير ابن العربي» ج١، ص٤٢٦، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ٤٣٩.

(١٠٦٣٦) «المغني» ج٧، ص٤٩، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٦١، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص١٣٩، «الروضة البهية» ج٢، ص١٣٤.

الحنبلي: والأولى أن يقال: إن كان الحكمان وكيلين لم تشترط الحرّية فيهما؛ لأن توكيل العبد جائز. وإن كانا حكمين بمنزلة حاكمين اشترطت الحرية فيها؛ لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً[10637].

٨٦٦٨ - هل يجوز أن تكون المرأة حكماً:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي في شروط الحكمين: «ويكونان ذكرين؛ لأنه يفتقر إلى الرأي والنظر»[10638] وهو قول المالكية[10639]. وعند الشافعية لا تشترط الذكورة في الحكمين، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ولا يشترط فيهما - أي الحكمين - الذكورة»[10640].

٨٦٦٩ - الراجح عدم اشتراط الذكورة:

والراجح عدم اشتراط الذكورة في الحكمين إذا تعذّر وجود الحكم الكفؤ الصالح من الرجال؛ لأن المقصود تحقيق الغرض من بعث الحكمين، فإن تيسر ذلك على يد رجلين جامعين للشروط المطلوبة في الحكمين، فلا يجوز تجاوزهما واختيار امرأتين. وإذا عدم ذلك جاز اختيار امرأتين لتكونا حكمين بشرط أن تكونا من أهل الزوجين، فإن تعذر اختيارهما من أهل الزوجين جاز اختيارهما من غير أهلهما.

٨٦٧٠ - هل يجوز الاكتفاء بحكم واحد:

قال المالكية: للزوجين إقامة حكم واحد يرضيانه من غير رفع دعواهما إلى الحاكم إن كان قريباً منهما مستوي القرابة كأن يكون عماً لكل منهما، أو كان أجنبياً منهما ولكن بشرط أن يكون مستجمعاً للشروط من كونه بالغاً عاقلاً رشيداً عدلاً عالماً. وهذا بخلاف الحاكم إذا رفع إليه الزوجان دعواهما فلا بدّ له من بعث الحكمين إذا كان لكل من الزوجين قريب من أهله، والآية تفيد ذلك لأن قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا﴾ يفيد أن ذلك عند الرفع إلى الحاكم، وأنهما إذا رضيا بإقامة حكم واحد بلا رفع كفى[10640م].

(١٠٦٣٧) «المغني» ج٧، ص٥٠.

(١٠٦٣٨) «المغني» ج٧، ص٤٩.

(١٠٦٣٩) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٣٩.

(١٠٦٤٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦١.

(١٠٦٤٠م) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٠.

٨٦٧١ ـ حكمة اشتراط هذه الشروط في الحكمين:

أ : بالنسبة لشروط كون الحكمين من أهل الزوجين، هذا الشرط مفهومة حكمة اشتراطه؛ لأن أهل الزوجين أعرف بحال الزوجين من الأجانب، وأشد طلباً للصلاح والإصلاح فيما بين الزوجين؛ ولأن لهما مصلحة مؤكدة في هذا الإصلاح لكونهما قريبين للزوجين، ثم إن الزوجين لا يريان حرجاً من نشر أسرارهما كلٌ إلى الحكم الذي هو قريبه، وهذا يساعد على بحث وعلاج أصل الشقاق ومسبباته.

ب : وأما بالنسبة للشروط الأخرى، فالحكمة في اشتراطها أيضاً واضحة جليّة، فاشتراط البلوغ والعقل؛ لأن القاصر والمجنون لا يصلحان لهذه المهمة التي تحتاج إلى دراية وفهم، واشتراط الإسلام والعدالة في الحكمين؛ لأن لهما صفة الحاكم، والشرط في الحاكم الإسلام والعدالة فكذلك الحَكَم. واشتراط العلم بموضوع التحكيم، وبالجمع والتفريق بين الزوجين؛ لأن ما يقضي به الحكم هو من أحكام الشريعة فيما يتعلق بالزوجين، فلا يجوز أن يحكم بها عن جهل وعدم دراية. وأما اشتراط الذكورة في الحكم فمردّه قدرة الرجل على البحث والاستقصاء في مسببات الشقاق تمهيداً لمعالجة هذه المسببات للشقاق معالجة موضوعية على أساس من المعرفة بأسباب الشقاق الأصلية.

المطلب الرابع

عمل الحكمين

٨٦٧٢ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

عمل الحكمين لتحقيق أحد غرضين:

الأول: إصلاح ذات البين بين الزوجين باستقصاء مسببات الشقاق وعلاجها.

الثاني: التفريق بين الزوجين إذا استعصى أمر الإصلاح على الحكمين، فلم يقدرا عليه.

وعلى هذا، نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: إصلاح ذات البين بين الزوجين.

الفرع الثاني: التفريق بين الزوجين.

الفرع الأول

إصلاح ذات البين بين الزوجين

٨٦٧٣ ـ بحث أسباب الشقاق:

إن إصلاح ذات البين وإزالة الشقاق بين الزوجين يستلزم بحث أسباب الشقاق، ومعالجة هذه الأسباب معالجة حاسمة تقضي عليها حتى يأتي الإصلاح ما بين الزوجين سليماً وصحيحاً كما تأتي العافية بعد زوال أسباب المرض، فكيف يتم بحث هذه الأسباب، أسباب الشقاق بين الزوجين، وكيف يعالجها الحكمان؟

٨٦٧٤ ـ التعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين:

مما لا شك فيه أن الشقاق بين الزوجين لا يظهر من فراغ ولا يأتي من غير سبب، بغض النظر عن قيمة هذا السبب وكونه تافهاً لا يبرر حصول الشقاق أو كان جديراً بإيجاد الشقاق. إن معرفة أسباب الشقاق بين الزوجين مهمة جداً، وهي مفتاح الحلّ والخطوة الأولى للوصول إلى الإصلاح، فكيف يتوصل الحكمان إلى معرفة أسباب الشقاق؟ والجواب: أن يخلو الحكم المختار من أهل الزوجة بالزوجة، ويخلو الحكم المختار من أهل الزوج بالزوج بعيداً عن أنظار الآخرين، وأن يحيط كل منهما بالمحادثات مع صاحبه (الزوج أو الزوجة) بجو من الودّ والحرص الشديد على مصلحته، وأن يبحث معه أسباب الشقاق برفق ولطف ولين وتهوين لأسباب الشقاق وإشعار كل حكم من يخاطبه من زوج أو زوجة بأنه يريد الخير له، وأن مصلحته الحقيقية في استمرار الحياة الزوجية لا في وقفها ثم انقطاعها وأن ما بين الزوجين من مودة ورحمة جعلهما الله ما بين الزوجين لأعظم من أن تنال منهما المنغصات والمكدرات المسببات للخلاف والشقاق، وأن المطلوب من الزوجين أن يريدا حقيقة الصلاح والإصلاح فيما بينهما حتى يوصلهما ـ الله تعالى ـ إلى غايتهما من الإصلاح، قال تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا﴾ فقد جاء في تفسيرها: إن يردْ الزوجان إصلاحاً يوفق الله بين الحكمين حتى يعملا بالصلاح، ويوفق الله بين الزوجين»[١٠٦٤١].

٨٦٧٥ ـ خلوة الحكم بالزوجة:

هذا ومع فائدة خلوة كل حكم بصاحبه ـ الزوج والزوجة ـ، بل وضرورة هذه الخلوة

(١٠٦٤١) «تفسير الرازي» ج١٠، ص٩٤، «تفسير الآلوسي» ج٥، ص٢٧.

لاستكشاف أسباب الشقاق الحقيقية، ومدى الرغبة والحرص في بقاء الرابطة الزوجية، أقول مع فائدة هذه الخلوة، يجب أن تكون في حدود المباح شرعاً، بمعنى إذا كان الحكم من محارم الزوجة مثل عمها أو جدها، جاز له أن يخلو بها. وإن لم يكن محرماً منها كابن عمها، لم يجز له الخلوة بها، وعليه أن يحضر معه أمه أو أخوها المميز حتى لا تتحقق الخلوة الممنوعة شرعاً، كما بيّنا ذلك في بحث الخلوة الممنوعة شرعاً بين المرأة والأجنبي منها.

٨٦٧٦ ـ اجتماع الحكمين وحدهما:

ثم يجتمع الحكمان وحدهما ويبحثان أسباب الشقاق في ضوء ما سمعه وعرفه كل منهما من صاحبه، ثم يحددان مسؤولية كل واحد من الزوجين عن الشقاق الذي حصل، والمسبب له منهما وسبيل معالجته، ثم يعود كل حكم إلى صاحبه ليبيّن له مدى مسؤوليته في حصول الشقاق وما يجب عليه شرعاً لرفع وإزالة هذا الشقاق طاعة الله رب العالمين، وحفظاً لرابطة الزواج من الانقطاع. ثم يجتمع الحكمان فيفعلان ما هو الصواب شرعاً.

٨٦٧٧ ـ طريقة جيدة في البحث:

وهناك طريقة جيدة في أسلوب البحث والتحري عن أسباب الشقاق تمهيداً لإزالة الشقاق وإعادة الوئام والوفاق بين الزوجين، ويستحسن أن يسلك هذه الطريقة الحكمان، فقد جاء في «تفسير القرطبي»: «إن الحكم من أهل الزوج يخلو به ويقول له: أخبرني بما في نفسك أتهواها أم لا؟ حتى أعلم مرادك. فإن قال الزوج: لا حاجة لي فيها، خذ لي منها ما استطعت وفرّق بيني وبينها. فيعرف ـ أي الحكم من هذا الجواب ـ أن من قبله النشوز. وإن قال: إني أهواها فأرضها من مالي بما شئت ولا تفرق بيني وبينها، فيعلم ـ أي الحكم ـ أنه ليس بناشز. ويخلو الحكم من جهتها بالزوجة، ويقول لها: أتهوى زوجها أم لا؟ فإن قالت: فرقْ بيني وبينه وأعطه من مالي ما أراد، فيعلم ـ أي الحكم ـ أن النشوز من قبلها. , وإن قالت: لا تفرق بيننا ولكن حثّه ـ أي احمله ـ على أن يزيد في نفقتي ويحسن إليّ علم ـ أي الحكم ـ أن النشوز ليس من قبلها»[١٠٦٤٢].

٨٦٧٨ ـ وعلى كل حال، فإن الأمر في البحث عن أسباب الشقاق متروك إلى فطنة الحكم، وحسن تصرفه مع الزوج أو الزوجة من جهة التأني والرفق في الأسئلة والإصغاء التام لما يقوله ويدعيه، ثم ينقل كل حكم للحكم الآخر ما سمعه ثم يعود كل منهما إلى الاجتماع بصاحبه لمناقشة ما يدّعيه في ضوء ما عرفه من أقوال الزوج الآخر والاقتراحات لحلّ الخلاف وإزالة

(١٠٦٤٢) «تفسير القرطبي» ج٥، ص١٧٥-١٧٦.

الشقاق في ضوء أحكام الشرع، وبهذا كله ينكشف الأمر للحكمين ويعرفان أسباب الشقاق الحقيقية وأن المسبب لها أحدهما أو كلاهما، وعند ذلك يقومان بالمرحلة التالية وهي مرحلة الإصلاح.

٨٦٧٩ - السعي للإصلاح:

بعد أن عرف الحكمان أسباب الشقاق في نظر وتقدير كل من الزوجين، يجتمع الحكمان ويتدارسان هذه الأسباب وما يدّعيه كل من الزوجين، يقدر الحكمان قيمة هذه الأسباب والادعاءات، والمسبب للشقاق، وطرق رفع الشقاق وإزالة أسبابها، ومنها ما جاء في تفسير القرطبي: «فإذا ظهر لهما - أي للحكمين - الذي كان النشوز من قبله، يقبلان عليه بالعظة والزجر والنهي»[١٠٦٤٣]. والمراد بالنشوز، عدم قيام أحد الزوجين بحقوق الطرف الآخر مما سبب الشقاق بينهما.

٨٦٨٠ - من السبل النافعة للإصلاح:

والذي أراه نافعاً - إن شاء الله تعالى - للإصلاح مع ما ذكره القرطبي - رحمه الله تعالى - إثارة معاني الإيمان في نفوس الزوجين، وإثارة معاني الشهامة والرجولة في نفس الزوج بأن يترفع عن غمط المرأة حقوقها مما يحملها على الشقاق معه، فليس من المروءة ولا الشهامة ولا الشجاعة، ولا مما يقتضيه معاني الإيمان ظلم الزوجة مما يحملها على الخلاف والشقاق، وأن يذكّر الحكمان الزوج بوصية رسول الله ﷺ بالنساء، وبقوله ﷺ بالوصية بالزوجة: «خيرُكم خيرُكم لإهلِهِ وأنا خيرُكمْ لأهلي» وأن المرجو والمأمول من الزوج أن يعامل زوجته بالفضل لا بالعدل وحده؛ لأن أهلها استودعوها عنده وائتمنوه عليها ووثقوا به من أنه سيسعدها ولا يسبب لهم المتاعب بسببها، وأنها أمّ أولاده أو ستكون كذلك مستقبلاً، والولد الصالح مما ينتفع به أبوه في الحياة وبالدعاء له بعد الممات، وأن الزوجة كالأسيرة بيد زوجها وليس من الإسلام ولا من المروءة ولا من الشجاعة أن يسيء المسلم إلى أسيرته أو أسيره، فكيف إذا كانت الأسيرة زوجته؟ وأن الزوج الكريم هو الذي لا يستغل مركزه في العائلة ولا يتعسف في استعمال سلطته على زوجته على نحو يلحق بها الضرر، فيحملها على الخلاف والشقاق. فهذه المعاني إذا قدمها الحكمان إلى الزوج بأسلوب لطيف وقول ليّن، فالغالب أنها ستؤثر في نفس الزوج وسيقلع عما أدى إلى الشقاق.

(١٠٦٤٣) «تفسير القرطبي» ج٥، ص١٧٦.

٨٦٨١ ـ وكذلك ينبغي للحكم من أهل الزوجة أن يكلّم الزوجة بمعاني الإسلام ويذكّرها بأحكامه المتعلقة بالزوجة في علاقتها بزوجها، وأن يذكّرها بعظيم حقّ الزوج عليها، وأن من حسن معاشرتها له بالمعروف أن تسمعه الكلمة الطيبة اللينة وأن تسارع إلى طاعته فيما أوجبه الشرع عليها من طاعته وفيما يأمر به الزوج من المباحات التي يهواها وأن لا تثقل عليه بطلباتها الكثيرة، وأن تتحمل عبوسه وصدوده، وإساءته، وأن تقابل عبوسه بابتسامتها وصدوده بإقبالها عليه، وإساءته بإحسانها إليه وخدمتها له، فإن الزوج إذا رأى ذلك منها فسرعان ما يزول عنه عبوسه وصدوده ويكفّ عن اساءته. وعليها أن لا تستقصي من استيفاء كل حقوقها منه، وإذا أحسّت بكراهتها له، فلتطرد هذا الإحساس ولتذكّر نفسها بأنه قد يجعل الله لها فيما تكرهه الخير الكثير فيرزقها الله منه ولداً تقرّ به عينها، ويزول عن قلبها ما تحسّه من كراهة لزوجها. كما ينبغي للحكم أن يذكّرها بأن الرابطة الزوجية رابطة خطيرة قامت على كلمة الله، فلا ينبغي تعريضها إلى ما يوهنها ويعرضها للانقطاع كالشقاق، وأن على الزوجة أن تعلم بأن بقاءها زوجة مع شيء من غمط حقوقها خير لها من ذهاب هذا الوصف ـ وصف الزوجة ـ عنها بالطلاق الذي من أسبابه الشقاق. ولتعلم أن بصبرها والالتزام بإيفائها حقوق الزوج التي فرض الله عليها ولو مع تقصيره هو بحقوقها، أقول إن بموقفها هذا سيكون الفوز وحسن العاقبة لها؛ لأن العاقبة الحسنة للمتقين دائماً في الدنيا والآخرة، وأن الزوج سيرجع عن فعل ما يؤدي إلى الخلاف والشقاق لما يراه من موقف الزوجة الكريم من زوجها.

٨٦٨٢ ـ إذا لم يتيسر الإصلاح جاز التفريق:

فبهذا النهج من الكلام والأسلوب في مخاطبة الحكمين للزوجين، يؤمل زوال الخلاف والشقاق، أما إذا لم ينفع ذلك ورأى الحكمان إصرارهما على الفراق وإنهاء الرابطة الزوجية، أو كان الإصرار على التفريق من أحد الزوجين، ففي هذه الحالة ينتقل الحكمان إلى التفريق، وهذا ما نبيّنه في الفرع التالي:

الفرع الثاني

التفريق بين الزوجين للشقاق

٨٦٨٣ ـ هل يملك الحكمان التفريق بين الزوجين:

إذا لم ينفع الوعظ والتذكير لتحقق الإصلاح بين الزوجين وإزالة الشقاق بينهما، أو أن أسباب الشقاق التي تكشفت للحكمين تستعصي على الحلّ أو لإزالة مما يبدو معه أن السبيل الوحيد للعلاج هو التفريق بين الزوجين، فهل يملك الحكمان إيقاع التفريق بين الزوجين بسبب

الشقاق أم لا؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

٨٦٨٤ ـ القول الأول:

لا يملك الحكمان سلطة التفريق بين الزوجين إلا بإذنهما: إذن الزوج بالتطليق، وإذن الزوجة بالمخالعة مع بذل عوض الخلع من الزوجة، وهذا مذهب عطاء، والقول الأظهر عند الشافعية وهو مذهب الحنفية والظاهرية، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد بن حنبل، وهو مذهب الجعفرية[١٠٦٤٤].

٨٦٨٥ ـ أساس القول الأول:

وأساس هذا القول اعتبار الحكمين وكيلين عن الزوجين، هذا عن الزوج، والآخر عن الزوجة، وتصرف الوكيل بقدر ما يأذن له به الموكل. وبناء على ذلك إذا تعذر الإصلاح على الحكمين ولم يوفقا إليه، فعليهما أن يردا الأمر إلى الحاكم ويخبراه بما علماه من حال الزوجين ليتصرف هو في ضوء ذلك بحسب اجتهاده، وقد روي هذا عن ابن عباس، وبه صرّح الحنفية[١٠٦٤٥].

٨٦٨٦ ـ القول الثاني:

يملك الحكمان سلطة التفريق بين الزوجين دون حاجة إلى إذن وموافقة منهما. روي هذا عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير، وهو مذهب مالك والأوزاعي وإسحاق وابن المنذر وهو الرواية الثانية عن أحمد بن حنبل، والقول الآخر المرجوح عند الشافعية[١٠٦٤٦].

٨٦٨٧ ـ أساس القول الثاني:

وأساس هذا القول اعتبار الحكمين حاكمين، والحاكم لا يحتاج في حكمه إلى استحصال الإذن والموافقة من المحكوم له أو من المحكوم عليه، فكذا الحال بالنسبة للحكمين.

٨٦٨٨ ـ أدلة القول الأول:

أصحاب القول الأول القائلون بأن الحكمين لا يملكان سلطة التفريق بين الزوجين بسبب

(١٠٦٤٤) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٢، ص١٩١، «المغني» ج٧، ص٤٩، «المحلى» ج١٠، ص٨٧، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦١، «الروضة البهية» ج، ١٣٣.

(١٠٦٤٥) أحكام القرآن» للجصاص، ج٢، ص١٩٠، «أحكام القرآن» لابن العربي ج١، ص٤٢٥.

(١٠٦٤٦) «المغني» ج٧، ص٤٩، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦١، «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٠.

الشقاق إلا بإذن من الزوج بالطلاق، وإذن من الزوجة بالمخالعة، استدلوا بما يأتي:

٨٦٨٩ ـ الدليل الأول:

قال الإمام الجصّاص: «ليس للحكمين أن يفرقا إلا أن يرضى الزوج؛ وذلك لأنه لا خلاف أنَّ الزوج لو أقرَّ بالإساءة إليها لم يُفرق بينهما ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين. وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز لم يجبرها الحاكم على خلع ولا على ردّ مهرها، فإذا كان كذلك حكمهما قبل بعث الحكمين، فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطلاق من جهتهما من غير رضا الزوج وتوكيله ولا إخراج المهر عن ملكها من غير رضاها، فلذلك قال أصحابنا ـ أي الحنفية ـ ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين إن كان التفريق عن طريق الخلع؛ لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان، وإنما الحكمان وكيلان لهما: أحدهما وكيل المرأة، والآخر وكيل الزوج في الخلع أو في التفريق بغير جعل ـ أي بغير بذلٍ من الزوجة ـ إن كان الزوج قد جعل لوكيله ذلك»[١٠٦٤٧].

٨٦٩٠ ـ الدليل الثاني:

كيف يجوز للحكمين أن يوقعا الفرقة عن طريق الخلع ويخرجا المال عن ملك الزوجة بدون رضاها، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ . .﴾[١٠٦٤٨].

٨٦٩١ ـ الدليل الثالث:

قال تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا﴾ ولم يقل ربنا تعالى: إن يريدا فرقة. وإنما يرسل الحكمان ليعظا الظالم من الزوجين وينكرا عليه ظلمه وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ هو على يده، فإن كان الزوج هو الظالم أنكر الحكمان عليه ظلمه وقالا له لا يحلّ لك أن تؤذيها لتنخلع منك وإن كانت هي الظالمة، قالا لها: قد حلّت لك الفدية ـ بدل الخلع ـ، وكان الزوج في أخذها منها معذوراً، فإذا جعل كل واحد من الزوجين إلى الحكم الذي من جهته الحقّ في التفريق والخلع، كانت لهما صفة الشاهدين ليشهدا أمام القاضي ما رأياه من أمر الزوجين، كما لهما صفة المصلحين في حال سعيهما إلى الإصلاح وصفة الآمرين بالمعروف والناهيين عن

(١٠٦٤٧) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٢، ص١٩١.

(١٠٦٤٨) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٢، ص١٩٢.

المنكر لما يأمران به الزوجين وينهيانهما عنه، ويكونان وكيلين عن الزوجين إذا فوضا إليهما الجمع والتفريق(١٠٦٤٩).

٨٦٩٢ ـ الدليل الرابع:

وفي «المغني» محتجاً للقول الأول وهو رواية عن أحمد: «البُضع حقّه ـ أي إدامة النكاح وما يتبعه من حقوق للزوج كالوطء ـ، والمال حقّها ـ أي حقّ الزوجة ـ وهما رشيدان، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما»(١٠٦٥٠).

٨٦٩٣ ـ الدليل الخامس:

وفي «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «ليس في الآية **﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا..﴾** ولا في شيء من السنن أن للحكمين أن يفرقا ولا أن ذلك للحاكم، وقال عز وجل: **﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾**، فصحَّ أنه لا يجوز أن يطلق أحد على أحد، ولا أن يفرق بين رجل وامرأته إلا حيث جاء النّص بوجوب فسخ النكاح فقط»(١٠٦٥١).

٨٦٩٤ ـ الدليل السادس:

قال قتادة في قوله تعالى: **﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا..﴾** الآية: إنما بُعِثَ الحكمان ليصلحا بين الزوجين، فإن أعياهما ذلك شهدا على الظالم بظلمه وليس بأيديهما الفرقة، ولا يملكان ذلك(١٠٦٥٢).

٨٦٩٥ ـ أدلة القول الثاني:

أصحاب هذا القول، كما ذكرنا، يقولون: إن للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين دون حاجة إلى إذن أو موافقة منهما، وقد استدلوا بجملة أدلة نوجزها في الآتي:

٨٦٩٦ ـ الدليل الأول:

الحكمان يعتبران حاكمين، وهذه هي صفتهما، فليس هما بوكيلين عن الزوجين. وما داما يعتبران حاكمين، فلهما سلطة الجمع بين الزوجين بالإصلاح فيما بينهما، كما لهم سلطة التفريق بينهما بعوض أو بغير عوض ودون حاجة إلى توكيل من الزوج بإيقاع هذا التفريق لقوله

(١٠٦٤٩) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٢، ص١٩٣.

(١٠٦٥٠) «المغني» ج٧، ص٤٩.

(١٠٦٥١) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٨٨.

(١٠٦٥٢) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص٨٨.

تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ فسماهما الله تعالى حكمين، ولم يعتبر رضاهما[10653].

٨٦٩٧ ـ الدليل الثاني:

روي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال للحكمين الذين اختارهما أهل الزوجين: عليكما من الحقّ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرّقا فرقتما، فرضيت المرأة بذلك، ولم يرض الرجل بإيقاع الفرقة، فقال له عليّ: كذبتَ حتى ترضى بما رضيتْ به. وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك[10654].

٨٦٩٨ ـ الدليل الثالث:

لا يمتنع أن تثبت الولاية للحكمين على الزوجين الرشيدين فيوقعان الفرقة عليهما بطلاق أو مخالعة؛ لأن ثبوت الولاية على الرشيد جائزة إذا امتنع من أداء الحقّ الذي عليه، كما يُقضى بالدين عنه من ماله إذا امتنع من إيفائه. والحاكم يطلّق على المولي في الإيلاء إذا امتنع عن الطلاقِ بعد وجوبه عليه، فكذلك يجوز للحكمين إيقاع الفرقة على الزوجين إذا رأيا ذلك[10655].

٨٦٩٩ ـ الدليل الرابع:

الحكمـان حاكمان وليسا وكيلين بدلالة قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا..﴾ وللوكيل في الشريعة الإسلامية اسم ومعنى، وللحكم في الشريعة الإسلامية اسم ومعنى، فلا يجـوز لأحـد أن يركّب معنى أحدهما على الآخر، وحيث قد ثبت أن الحكمين حاكمان، فلهما الجمع والتفريق حسب اجتهادهما مما يتبيّن لهما من حال الزوجين[10656].

٨٧٠٠ ـ الإمام ابن القيّم يرجح القول الثاني:

رجّح الإمام ابن القيّم ـ رحمه الله تعالى ـ القول الثاني بقوله: «اختلف السلف والخلف في الحكمين هل هما حاكمان أو وكيلان، على قولين: (أحدهما) أنهما وكيلان. (والثاني) أنهما حاكمان، وهذا هو الصحيح. والعجب كل العجب ممن يقول هما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى قد نصّبهما حكمين، وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا

(١٠٦٥٣) «المغني» ج٧، ص٤٩.

(١٠٦٥٤) «المغني» ج٧، ص٤٩.

(١٠٦٥٥) «المغني» ج٧، ص٤٩.

(١٠٦٥٦) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج١، ص٤٢٤.

من الأهل ـ أي من أهل الزوجين ـ، وأيضاً فإن الشرع قد جعل الحكم إليهما فقال تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا﴾ والوكيلان لا إرادة لهما إنما يتصرفان بإرادة موكليهما. وأيضاً فإن الوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن، ولا في لسان الشرع ولا في العرف العام ولا الخاص، وأيضاً فإنه سبحانه وتعالى خاطب بذلك غير الزوجين، وكيف يصح أن يوكل عن الرجل والمرأة غيرهما؟. وبعث عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ ابن عباس ومعاوية حكمين بين عقيل بن أبي طالب وامرأته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة، فقيل لهما: إن رأيتما أن تفرقا فرقتما. صحّ عن علي ابن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ أنه قال للحكمين بين الزوجين: عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما، فهذا عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية جعلوا الحُكم بين الزوجين إلى الحكمين ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف، وإنما يعرف الخلاف بين التابعين فمن بعدهم»[10657].

٨٧٠١ ـ القول الراجح:

والراجح، هو القول الثاني أي أن الحكمين يعتبران حاكمين لا وكيلين للأدلة التي قيلت لهذا القول؛ لا سيما الأدلة التي ساقها ابن القيم لهذا القول الذي رجحه وقاله عنه هو القول الصحيح. وهذا هو ما رجحه أيضاً شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ وقال عنه: «هو الصواب، ونصَّ عليه الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه»[10658].

٨٧٠٢ ـ اعتراض ودفعه:

وقد يقال: إذا ظهر أن الشقاق سببه ظلم الزوج أو الزوجة أو سوء معاملة أحدهما للآخر وعدم إيفائه حقّه، فلماذا لا يكتفى بزجر الظالم وأخذ حقّ المظلوم منه وأمره بأداء حقوق الطرف الآخر، وإبقاء النكاح ومنع الحكمين من التفريق بينهما؟ وقد أجاب على هذا الاعتراض أو هذا السؤال الإمام ابن العربي المالكي بقوله: «هذا نظر قاصر يتصَور في عقود الأموال، فأما في عقود الأبدان فلا يتم إلا بالاتفاق والتآلف وحسن التعاشر، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، فكانت المصلحة في الفرقة، وبأي وجه رأياها من المتاركة أو أخذ شيء من الزوج أو الزوجة»[10659].

(١٠٦٥٧) «زاد المعاد في هدي خير العباد» للإمام ابن القيم، ج٤، ص٣٣-٣٤.

(١٠٦٥٨) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٥٠.

(١٠٦٥٩) «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي، ج١، ص٤٢٥.

٨٧٠٣ ـ كيفية التفريق الذي يحكم به الحكمان:

يملك الحكمان إيقاع التفريق بين الزوجين إذا تعذر الإصلاح بينهما، وهذا ما نصّ عليه فقهاء المالكية، فيحكمان بالطلاق، وينفذ حكمهما ظاهراً وباطناً وإن لم يرضَ الزوجان بحكمهما أو لم يرض الحاكم به. ويُطلِّق الحكمان طلقة واحدة بائنة بلا خلع أي بلا مال يأخذانه من الزوجة للزوج إن كانت الإساءة والشقاق منه ـ أي من الزوج ـ. وإذا كانت الإساءة والشقاق من الزوجة، فالتفريق يكون عن طريق الخلع بمال تدفعه الزوجة إلى الزوج. أو يأتمناه عليها بلا طلاق بأن يأمراه بالصبر على إساءتها ـ أي إساءة الزوجة ـ وشقاقها وعدم معاملتها بالضرر الواقع منها، إذا رأى الحكمان المصلحة في هذا الحكم. وإن كان الشقاق من الزوجين كليهما بأن أساء كل منهما لصاحبه وكان كل منهما يشاق صاحبه ويضره بهذه المشاقة، ففي هذه الحالة يتعين الطلاق بلا خلع، أي بلا مال تدفعه الزوجة إلى زوجها عند أكثر المالكية إذا لم ترضَ الزوجة بالمقام مع زوجها، ورغبت في الفراق وأصرت عليه، وعند بعض المالكية يجوز التفريق في هذه الحالة عن طريق المخالعة بمال يسير تدفعه المرأة إلى الزوج[١٠٦٦٠].

٨٧٠٤ ـ حكم الحكمين نافذ إذا صدر باتفاقهما:

وحكم الحكمين نافذ إذا صدر باتفاقهما، فإن اختلفا فيه لم يؤخذ برأي واحد منهما، قال الإمام القرطبي في «تفسيره» «فإن اختلف الحكمان لم ينفذ قولهما ولم يلزم من ذلك شيء إلا ما اجتمعا عليه، فإن حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم بها الآخر، أو حكم أحدهما بمال ـ أي بخلع على مال ـ وأبى الآخر، فليس بشيء حتى يتفقا»[١٠٦٦١].

٨٧٠٥ ـ ما يمكن فعله إذا اختلف الحكمان:

قلنا: إن حكم الحكمين ينفذ إذا صدر باتفاقهما، فإن اختلفا فالقاضي يختار غيرهما للنظر في الشقاق بين الزوجين ويصدران حكمهما بالاتفاق ليكون نافذاً على الزوجين رضياه أم كرهاه، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإن قلنا: إن الحكمين حاكمان، فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع، وإذا تعذر اتفاقهما على رأي واحد، فالظاهر أن الحاكم يختار حكمين غيرهما ينظران في الشقاق بين الزوجين ويصدران حكمهما بالاتفاق، فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه»[١٠٦٦٢].

(١٠٦٦٠) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٠، «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٤٥.

(١٠٦٦١) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج٥، ص١٧٧.

(١٠٦٦٢) «المغني» ج٧، ص٥٠.

٨٧٠٦ ـ اختلاف الحكمين في عدد الطلقات:

وإن اختلف الحكمان في عدد الطلقات نفذ قول من حكم بأقلها، فقد قال الفقيه ابن المواز المالكي: «إن حكم أحدهما بطلقة واحدة والآخر بثلاث طلقات، فهي واحدة. وحكى ابن حبيب عن أصبغ أن ذلك ليس بشيء»[10663]، ويبدو أن أصبغ تمسك بضرورة اتفاق الحكمين حتى ينفذ حكمهما، وأن ابن المواز أخذ بالقدر المتفق عليه يقيناً وهو إرادة وقوع طلقة واحدة، وأن الاختلاف فيما زاد عليها، فيقع المتفق عليه وهو طلقة واحدة، ونبذ ما زاد عليها باعتباره مختلفاً فيه. وقول ابن المواز هو ما نرجحه؛ ولأن الأصل في إيقاع الطلاق أن يكون بطلقة واحدة، كما بينا بذلك في أبحاث الطلاق.

٨٧٠٧ ـ على الحاكم أن ينفذ حكم الحكمين:

وعلى الحاكم أن ينفذ حكم الحكمين الذي صدر باتفاقهما، ولا يجوز له التعقيب عليه بالزيادة والنقصان أو بنقضه، وتنفيذه يكون بحكم من الحاكم نفسه بما حكم به الحكمان، وهذا ما صرّح به المالكية، ولا شك أن صدور حكم من الحاكم نفسه بنفس ما حكم به الحكمان يقطع أي اختلاف أو خلاف في لزوم تنفيذ ما حكم به الحكمان، جاء في «الشرح الصغير» للدردير «وحاشية الصاوي» في فقه المالكية: «وأتيا الحاكم ـ أي أتى الحكمان إلى الحاكم ـ بعد حكمهما بما اقتضاه النظر، فأخبراه ونفذه أي نفذ حكمهما: بأن يقول حكمت بما حكمتما به وجوباً، ولا يجوز له تعقبه ولا نقضه وإن خالف مذهبه، وفائدته جمع الكلمة وعدم الاختلاف»[10664].

٨٧٠٨ ـ الفرقة الواقعة بسبب الشقاق طلاق بائن:

والفرقة الواقعة بسبب الشقاق، أي الفرقة التي تقع بتفريق الحكمين بين الزوجين، هي فرقة طلاق بائن لا رجعي، أي أن الحكمين يوقعان طلقة واحدة بائنة على الزوجة، ويعلّل الفقيه ابن العربي المالكي ذلك بقوله: «إذا حكما بالفراق فإنه بائن لوجهين: أحدهما: كلي. والآخر: معنوي. أما الكلي، فكل طلاق ينفذه الحاكم فإنه بائن. والثاني: أن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان، فلم يكن إيقاعه رجعياً يفيد شيئاً فامتنع وقوعه رجعياً من أجل ذلك»[10665].

(١٠٦٦٣) «أحكام القرآن» للقرطبي، ج٥، ص١٧٧.

(١٠٦٦٤) «الشرح الصغير» للدردير وحاشية الصاوي، ج١، ص٤٤٠.

(١٠٦٦٥) «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي، ج١، ص٤٢٦.

٨٧٠٩ ـ هل الطلاق البائن يقع بطلقة أو أكثر؟

قلنا: إن تفريق الحكمين هو طلاق بائن، ولكن هل هذا الطلاق البائن يقع بطلقة واحدة بائنة أو بأكثر؟ والجواب: إذا أوقعا التفريق بطلقة واحدة بائنة، فهو كما أوقعاه؛ لأن هذا هو ما حكم به الحكمـان، وإن أوقعـاه بأكثـر من واحدة، فعند ابن القاسم وأصبغ ينفذ حكمهما ـ أي ينفذ ما أوقعاه من عدد الطلقات. وقال مطرف وابن الماجشون لا يكون إلا طلقة واحدة بائنة. وقد بيّن الإمام ابن العربي المالكي مستند القولين ـ وأصحابهما جميعاً من المالكية ـ فقال: «وجه القول بأنه ينفذ ما أوقعاه ولو كان أكثر من واحدة، هو أنهما حكما فينفذ ما حكما به. (ووجه) الثاني ـ أي يقع واحدة ـ، أن حكمهما لا يكون فوق حكم الحاكم، والحاكم لا يطلق أكثر من واحدة، كذلك الحكمان[١٠٦٦٦].

٨٧١٠ ـ ولكن الذي استقر عليه فقهاء المالكية المتأخرون هو قول مطرف وابن الماجشون، فلا يلزم الزوج إلا طلقة واحدة، فقد جاء في «الشرح الصغير» للدردير: «ولا يلزم الزوج ما زاد على الواحدة ـ أي من الطلقات»[١٠٦٦٧]. وقال الصاوي تعليقاً على هذا القول: «حاصله أنه لا يجوز لهما ـ أي للحكمين ـ ابتداء إيقاع أكثر مبن طلقة واحدة. فإذا أوقعاه، فلا ينعقد منه إلا طلقة واحدة؛ لأن الزائد خارج عن معنى الإصلاح»[١٠٦٦٨].

٨٧١١ ـ لا يجوز إهمال نظام التحكيم:

نظام التحكيم الذي جاءت به الشريعة الإسلامية في حالة حدوث الشقاق بين الزوجين، هو نظام مهم ومفيد ويحلّ مشاكل كثيرة قد تقع بين الزوجين وما تسببه هذه المشاكل من شقاق بينهما قد يؤدي إلى الطلاق. ولكن الظاهر أن هذا النظام لم يُعْطَ الاهتمام الكافي لا من القضاة ولا من أهل الزوجين ويبدو أن عدم الاهتمام بالتحكيم لم يكن حديثاً، بل كان موجوداً قبل قرون فقـد ذكر الإمام ابن العربي المالكي عدم اهتمام القضاة بنظام التحكيم، وأعلن أسفه لذلك وقال: إنه دعا القضاة إلى تطبيق التحكيم عند حدوث الشقاق بين الزوجين، فلم يستجب له إلا قاض واحد، فقد قال رحمه الله تعالى: «وقد ندبت إلى ذلك ـ أي إلى تطبيق نظام التحكيم عند شقاق الزوجين ـ فما أجابني إلى بعث الحكمين عند الشقاق إلا قاض واحد»[١٠٦٦٩].

(١٠٦٦٦) «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي، ج١، ص٤٢٦.

(١٠٦٦٧) «الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٠.

(١٠٦٦٨) «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» للدردير، ج١، ص٤٤٠.

(١٠٦٦٩) «أحكام القرآن» لابن العربي، ج١، ص٤٤١.

٨٧١٢ ـ ما يساعد على حمل القضاة على تطبيق التحكيم:

ومما يساعد على الأخذ بنظام التحكيم وحمل القضاة على تطبيقه، اتخاذ الإجراءات التالية:

أولاً: اعتبار أهل الزوجين من ذوي الشأن بدعاوى الشقاق بين الزوجين وأن لهم الحقّ بإعلام القاضي بالشقاق الحاصل بين الزوجين وطلب تدخله بإرسال حكمين للنظر في موضوع الشقاق. وعلى وليّ الأمر إعلام القضاة بذلك وضرورة الأخذ بالإجراءات اللازمة للتحكيم بناء على طلب أهل الزوجين، وهذا بالإضافة إلى حقّ الزوجة برفع أمرها إلى القاضي بشأن الشقاق الحاصل بينها وبين زوجها.

ثانياً: على وليّ الأمر أن يعلن أنه لا يجوز للقاضي الحكم بالتفريق للضرر أو للشقاق، إلا بعد إرسال حكمين إلى الزوجين للنظر في موضوع الشقاق، ورفع توصيتهما بشأنه إلى القاضي.

ثالثاً: من المستحسن أن لا يقضي القاضي بأي نزاع بشأن النفقة أو نشوز الزوجة أو نحو ذلك من المنازعات التي تحدث بين الزوجين إلا بعد إرسال حكمين إلى الزوجين لتحري أسباب النزاع؛ لأن هذه الدعاوى لا تحدث غالباً إلا نتيجة خلاف وشقاق بين الزوجين. وإن لم يبين الزوجان ذلك، وقد يستطيع الحكمان إزالة أسباب النزاع التي أدت إلى نشوز المرأة أو طلبها النفقة، وبالتالي إلى ترك الدعوى المقامة.



الفصل الثامن
التفريق للضرر

٨٧١٣ ـ معنى الضرر في اللغة:

جاء في «لسان العرب» الضَّرّ والضُّر ـ بفتح الضاد أو ضمها ـ ضد النفع. وكل ما كان من سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضرّ[١٠٦٧٠] والضَّرَر يعني أيضاً الضيق[١٠٦٧١].

٨٧١٤ ـ معنى الضرر في الاصطلاح الشرعي:

لم يعرّف الفقهاء الضرر في الاصطلاح الشرعي، وكأنهم تركوه لمعناه اللغوي وأن هذا المعنى هو المراد من الضرر شرعاً. وربما عرّفوه بذكر بعض الأمثلة له وبقولهم: إنه لا يجوز شرعاً. فالفقيه الدردير المالكي يعرّف الضرر الذي يبيح للزوجة أن تطلب التفريق بسببه فيقول: «ولها ـ أي للزوجة ـ التطليق على الزوج بالضرر، وهو مالا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبّها وسب أبيها. .»[١٠٦٧٢].

٨٧١٥ ـ التعريف المختار للضرر:

ويمكن أن نعرف الضرر الذي يلحق الزوجة من زوجها ويبيح لها طلب التفريق بسببه بأنه: «كل ما يلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك»[١٠٦٧٣].

٨٧١٦ ـ الضرر الذي نتكلم عليه في هذا الفصل:

والضرر الذي نبحثه ونتكلم عنه في هذا الفصل باعتباره سبباً من أسباب التفريق بين الزوجين، هو ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل أو ترك أو مظهر يضر بالزوجة، ويصدر عن الزوج بقصد وتعمد، وبدون وجه حقّ، أي بدون موجب شرعي لهذا الإضرار.

(١٠٦٧٠) «لسان العرب» لابن منظور، ج٦، ص١٥٣-١٥٤.

(١٠٦٧١) «المعجم الوسيط» ج١، ص٥٤.

(١٠٦٧٢) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٤٥.

(١٠٦٧٣) والأذى أو الألم يختلف أثره وشدته باختلاف النساء والمجتمعات.

٨٧١٧ ـ الضرر الذي يخرج عن موضوع هذا الفصل:

فلا يدخل في موضوع بحثنا في هذا الفصل الضرر الذي يلحق بالزوجة بسبب غيبة الزوج أو فقده أو إعساره؛ لأن الغالب في هذه الحالات عدم قصد الزوج الإضرار بزوجته، وإنما يلحقها الضرر في هذه الحالات دون قصد منه بإضرارها وسنفرد لهذه الحالات مباحث خاصة ـ إن شاء الله تعالى ـ وكذلك لا يدخل في موضوع بحثنا «الشقاق بين الزوجين»؛ لأنه وإن كان يخلق ضرراً بالزوجة ولكن الغالب فيه تسبب كل من الزوجين في وقوعه، ثم إن الشقاق يستلزم غالباً وجود الزوجين في مكان واحد بينما الضرر وإيقاعه بالزوجة قد لا يستلزم هذا العيش أو الوجود المشترك بين الزوجين. فالزوج الذي يهجر زوجته مثلاً ويعيش خارج البيت وحده يضر بزوجته وإن لم يسكن معها ولا يخاصمها، ولهذا كله فقد تكلمنا عن الشقاق بين الزوجين في فصل سابق على حدة.

٨٧١٨ ـ أنواع الضرر المبرر للتفريق بين الزوجين:

يمكن تقسيم الضرر المبرر للتفريق بين الزوجين، والذي يصدر من الزوج ضد زوجته إلى قسمين أو نوعين:

الأول: ضرر مادي.

والثاني: ضرر معنوي أو نفسي.

٨٧١٩ ـ الضرر المادي:

وهو كل ما يلحق الأذى ببدن المرأة، ومنه ضربها باليد أو بآلة، وبإحداث جرح في بدنها أو كدمة أو كسر ونحو ذلك. ومن الضرر المادي إلحاق الأذى ببدن المرأة بغير الضرب والجرح كإلقاء الماء الحار عليها ونحو ذلك مما لا يجوز فعله شرعاً ويلحق الأذى ببدن المرأة.

٨٧٢٠ ـ الضرر المعنوي:

والضرر المعنوي أو النفسي هو كل ما يلحق الألم في نفس الزوجة، ومنه إسماعها الكلام القبيح من سب وشتم لها ولوالديها، أو تشبيهها بما يعتبر شتماً لها مثل تشبيهها بالكلب أو الحمار أو تشبيه والديها بذلك. ومن الضرر المعنوي أيضاً ترك الكلام معها أو ترك المبيت في فراشها دون وجه حقّ وهو ما يسمى بالهجر. ومنه أيضاً ترك وطئها دون مبرر شرعي مثل مرضه. ومن الضرر المعنوي ما يكون بمظهر الزوج مثل إظهار العبوس لها وتقطيب الحاجبين في مواجهتها ورفع الصوت عليها، وعدم الإصغاء لحديثها معه كأن يتشاغل عنها بشيء ما أو يتركها تتكلم ويمضي.

٨٧٢١ - هل يبرر الضرر طلب الزوجة التفريق:

والضـرر بنـوعيه هل يبـرر للزوجة طلب التفريق أم لا؟ والجواب: صرح المالكية بجواز التفريق للضرر، كما ذكر غيرهم جواز طلب التفريق لبعض أنواع الضرر، ونذكر فيما يلي أقوالهم علماً بأن المالكية أكثر الفقهاء أخذاً بالتفريق للضرر.

٨٧٢٢ - أقوال المالكية في التفريق للضرر:

أولاً: جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «ولها أي للزوجة التطليق على الزوج بالضرر، وهو مالا يجـوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك وسبّها وسبّ أبيها نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون. كما يقع كثيراً من رعاع الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق، وكوطئها في دبرها»[١٠٦٧٤].

ثانياً: وقالوا: «ولها التطليق بالضرر. قال ابن فرحون: من الضرر قطع كلامه عنها، وتحويل وجهه في الفراش عنها، وإيثار امرأة عليها، وضربها ضرباً مؤلماً»[١٠٦٧٥].

٨٧٢٣ - ترك الوطء ضرر بالزوجة يبرر طلبها التفريق:

وترك الوطء ضرر بالزوجة يبرر طلبها التفريق من زوجها، وبهذا صرح المالكية، فقد جاء في «التاج والإكليل» للمواق في فقه المالكية: «قال مالك: من يريد العبادة أو ترك الجماع لغير ضرر ولا علّة. قيل له: أما وطئت أو طلقت»[١٠٦٧٦].

٨٧٢٤ - بل إن شيخ الإسلام يجعل ترك الوطء مبرراً لفسخ النكاح في كل حال حتى ولو لم يقصد الزوج الإضرار بزوجته، فقد قال - رحمه الله تعالى -: « وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضي للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى»[١٠٦٧٧].

٨٧٢٥ - لا يشترط تكرار الضرر لطلب التفريق:

وإذا ثبت إضرار الزوج بزوجته بالبيّنة المعتبرة، فلا يشترط إثبات تكراره لطلب التفريق، بل يكفي إثبـات حصـوله مرة واحدة، فقد جاء في «مختصر خليل وشرحه» للدردير: «ولها - أي

(١٠٦٧٤) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٤٥.

(١٠٦٧٥) «مواهب الجليل شرح مختصر خليل» للحطاب، ج٤، ص١٧.

(١٠٦٧٦) «التاج والإكليل» للمواق، ج٤، ص١٧.

(١٠٦٧٧) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٤٧.

للزوجة - التطليق على الزوج بالضرر ولو لم تشهد البيّنة - الشهود - بتكرره». وقال الدسوقي في «حاشيته» تعليقاً على هذا القول: «قوله: ولو لم تشهد البيّنة بتكرره، بل شهدت بأنه حصل لها مرة واحدة فلها التطليق بها على المشهور»[10678].

٨٧٢٦ - الواقع بالتفريق للضرر طلقة بائنة:

والواقع بالتفريق للضرر طلقة بائنة، فقد جاء في «حاشية» الدسوقي على «الشرح الكبير» للدردير: «قوله: ولها التطليق بالضرر، أي لها التطليق طلقة واحدة وتكون بائنة»[10679]. وذلك بأن يأمر الحاكم زوجها بطلاقها، فإن امتنع طلّق عليه القاضي[10680].

٨٧٢٧ - إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر:

وإذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر، فقد قال المتيطي من فقهاء المالكية: «إذا اشتكت المرأة إضرار زوجها بها ورفعت إلى الحاكم أمرها وتكررت الشكوى وعجزت عن إثبات الدعوى، فإن الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين، ويكلِّفهم تفقد خبرهما واستعلام ضررها، فإن كانت ساكنة معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزمه نقلها إلى غيرهم. فإذا عمي على الحاكم خبرهما وطال عليه تكررها ولم يتبين له من الظالم منهما لم يمنعه أن ينظر في أمرهما. قال - أي مالك - في «المدونة»: إن لم يصل إلى معرفة الضار منهما أرسل الحكمين»[10681].

٨٧٢٨ - للزوجة أن تقيم مع زوجها مع إضراره بها:

وللزوجة أن تقيم مع زوجها بالرغم من إضراره بها وتطلب من الحاكم أن يكف ضرره عنها دون أن تطلب التفريق منه، فقد جاء في «مختصر خليل وشرحه» للحطّاب: «ولها - أي للزوجة - أن تقيم مع زوجها ويزجره الحاكم عن إضراره بزوجته»[10682] وفي «الشرح الكبير» للدردير: «وبتعدّيه - أي على زوجته - زجره الحاكم فيما إذا اختارت البقاء معه»[10683].

(١٠٦٧٨) «الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٣٤٥.

(١٠٦٧٩) «الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٣٤٥.

(١٠٦٨٠) «الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٣٤٥.

(١٠٦٨١) «التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق، ج٤، ص١٦.

(١٠٦٨٢) «مواهب الجليل شرح مختصر خليل» للحطاب، ج٤، ص١٦.

(١٠٦٨٣) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٣٤٥.

الفصل التاسع
التفريق لفقدان الزوج أو لغيبته

٨٧٢٩ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

فقدان الزوج يدل على غيبته، فالزوج المفقود هو زوج غائب عن زوجته، ولكن ليس كل زوج غائب عن زوجته هو زوج مفقود في اصطلاح الفقهاء، ولهذا فهناك فرق في الأحكام بين طلب التفريق لفقدان الزواج ـ أي لكونه مفقوداً ـ، وبين طلب التفريق لغيبة الزوج. وعلى هذا، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: التفريق لفقدان الزوج.

المبحث الثاني: التفريق لغيبة الزوج.

المبحث الأول
التفريق لفقدان الزوج

٨٧٣٠ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

يختلف الفقهاء في اعتبار فقدان الزوج سبباً للتفريق يمكن أن يحكم به القاضي إذا طلبته الزوجة. وإذا وقع التفريق بسببه، فما حكم هذا التفريق إذا عاد الزوج المفقود؟ وهذا ما نريد بيانه في هذا المبحث، فنبين أقوال الفقهاء في حقّ الزوجة في التفريق لفقدان زوجها ومدى هذا الحقّ، وحكمه إذا عاد زوجها المفقود من جهة حقّه في بقائها زوجة له أو زوال هذا الحقّ. وعليه، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مدى حقّ الزوجة في التفريق لفقدان زوجها.

المطلب الثاني: عودة الزوج المفقود بعد الحكم بالتفريق.

المطلب الأول

مدىٰ حقّ الزوجة في التفريق لفقدان زوجها

٨٧٣١ ـ تعريف الفقدان والمفقود:

أولاً: التعريف في اللغة[١٠٦٨٤]:

فَقَدَ الشيء يَفقِدُه فَقْداً وفِقْداناً: ضاع منه. وفقدت المرأة زوجها فهي فاقد. والمفعول: مفْقُود وفَقِيد. وتَفَقَّدْتُه أي طلبته عند غيبته. وفي القرآن الكريم: ﴿وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ: مَالِيَ لَآ أَرَىٰ الهُدْهُدَ﴾. وفي حديث عائشة رضي الله عنها: «افْتَقَدْتُ رسول الله ﷺ» أي لم أجده، من فقدت الشيء أفقده إذا غاب عنك.

ثانياً: تعريف المفقود في اصطلاح الفقهاء:

والمعنى اللغوي لكلمة الفقدان، وكلمة المفقود ملاحظ في المعنى الاصطلاحي لكلمة المفقود عند الفقهاء، مع زيادة على هذا المعنى اللغوي، فمن تعاريف الفقهاء للمفقود:

أ : جاء في «بدائع الصنائع»: «المفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره هل هو حيّ أم ميّت»[١٠٦٨٥].

ب : وفي «الفتاوى الهندية» «المفقود هو الذي غاب عن أهله أو بلده أو أسره العدو، ولا يُدرَى أهو حيّ أو ميّت، ولا يعلم له مكان، ومضى على ذلك زمان»[١٠٦٨٦].

جـ : ؛ وفي «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «المفقود من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره»[١٠٦٨٧].

٨٧٣٢ ـ هل يحقّ لزوجة المفقود طلب التفريق؟

من الواضح أن غيبة الزوج عن زوجته على نحو يعتبر فيها «مفقوداً» هذه الغيبة تسبب لزوجه ضرراً مؤكداً؛ لأن فقدان الزوج يفوّت على الزوجة أغراض الزواج، ولذلك كان من المتبادر إلى

(١٠٦٨٤) «لسان العربة لابن منظور، ج٤، ص٣٣٤ـ٣٣٥، «الصحاح»« للجوهري، ج١، ص٥١٧، «النهاية» لابن الأثير، ج٣، ص٤٦٢، «المعجم الوسيط» ج٢، ص٧٠٣ـ٧٠٤.

(١٠٦٨٥) «البدائع» للكاساني، ج٦، ص١٩٦.

(١٠٦٨٦) «الفتاوى الهندية» ج٢، ص٢٩٩.

(١٠٦٨٧) «كشّاف القناع» ج٢، ص٥٩٠.

الذهن أن يكون للزوجة حقّ طلب التفريق؛ لفقدان زوجها دفعاً للضرر عنها، ولكن لم يقل بهذا جميع الفقهاء، كما أن القائلين بجوازه اختلفوا في بعض جزئياته وجوانبه كما يتبيّن ذلك من أقوال الفقهاء فيما يأتي:

٨٧٣٣ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

القاعدة عند الحنفية في المفقود أنهم يعتبرونه حيّاً في حقّ نفسه وميّتاً في حقّ غيره. ويترتب على ذلك عندهم «أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حيّ حقيقة»[١٠٦٨٨].

ويستند الحنفية على هذه القاعدة في عدم جواز التفريق للفقدان، فلا يحقّ لزوجة المفقود طلب التفريق لفقد زوجها، ويوضح الإمام الكاساني هذه القاعدة بقوله: «إن حاله ـ أي المفقود ـ غير معلوم، يحتمل أنه حيّ ويحتمل أنه ميّت، وهذا يمنع التوارث والبينونة ـ أي التفريق بينه وبين زوجته ـ؛ لأنه إن كان حيّاً يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين امرأته. وإن كان ميتاً لا يرث أقاربه ويرثونه، والإرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتاً بيقين، فوقع الشك في ثبوته، فلا يثبت بالشك والاحتمال، وكذلك البينونة أي الفرقة بين الزوجين بتفريق القاضي بينهما، على الأصل المعهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك، وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك»[١٠٦٨٩].

٨٧٣٤ ـ وفي «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: وحكم المفقود أنه حيّ في حقّ نفسه لا تتزوج امرأته ـ. . . وهو ميت في حقّ غيره لا يرث من مات حال غيبته»[١٠٦٩٠]. وفي «الهداية» في فقه الحنفية أيضاً: «ولا يفرق بينه وبين امرأته»[١٠٦٩١].

٨٧٣٥ ـ متى يجوز التفريق عند الحنفية:

وإذا كان التفريق ممنوعاً عند الحنفية بسبب فقدان الزوج، فمعنى ذلك أن الفرقة لا تقع بينهما إلا بطلاقه إذا عاد أو ثبوت وفاته. ولكن إذا لم يعد المفقود، ولم تثبت وفاته، وظل مفقوداً فمتى يعتبر ميتاً، إذ لا يمكن اعتباره حياً إلى مالا نهاية من الزمن، فلا بد من زمن نعتبره فيه أنه ميت، وبالتالي تقع الفرقة بينه وبين زوجته من تاريخ اعتباره ميتاً، فما هو هذا التاريخ؟ قالوا إذا بلغ التسعين من عمره اعتبر ميتاً. وفي ظاهر الرواية في مذهب الحنفية: إذا مات أقرانه اعتبر

(١٠٦٨٨) «البدائع» ج٦، ص١٩٦.

(١٠٦٨٩) «البدائع» للكاساني، ج٦، ص١٩٦.

(١٠٦٩٠) «الفتاوى الهندية» ج٢، ص٢٩٩.

(١٠٦٩١) «الهداية» ج٤، ص٤٣٣.

ميتاً، فقد جاء في «الفتاوى الهندية»: «ولا يفرق بينه ـ أي المفقود ـ وبين امرأته. ويحكم بموته بمضي تسعين سنة وعليه الفتوى. وفي ظاهر الرواية يعتبر ميتاً بموت أقرانه، فإذا لم يبق أحد من أقرانه حياً حكم بموته، ويعتبر موت أقرانه في أهل بلده»[10692].

٨٧٣٦ ـ وعدة زوجة المفقود تبدأ من تاريخ حكم الحاكم بموته، فتعتد عدة الوفاة من ذلك الوقت[10693]. فإن عاد زوجها بعد مضي العدة فهو أحقّ بها، وإن تزوجت فلا سبيل له عليها[10694].

٨٧٣٧ ـ أدلة الحنفية:

استدل الحنفية على مذهبهم بالحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله ﷺ في امرأة المفقود وفي هذا الحديث: «إنها امرأته حتى يأتيها البيان» واستدلوا أيضاً بأن علياً ـ رضي الله عنه ـ قال عن امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق. ولأن النكاح عرف ثبوته، والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك[10695].

٨٧٣٨ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

وعندهم، لا يجوز التفريق بين المرأة وزوجها المفقود وإن طلبت هي التفريق؛ لأنها زوجة كباقي الزوجات، فلا تقع الفرقة بينها وبين زوجها إلا بما يوجب الفرقة من طلاق أو وفاة، وليست غيبة الزوج أو فقدانه من أسباب الفرقة بين الزوجين، وفي هذا قال الإمام الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ «وحكم الله ـ عزّ وجلّ ـ بين الزوجين أحكاماً، منها اللعان والظهار والإيلاء ووقوع الطلاق، فلم يختلف المسلمون في أن لا عدة على زوجة إلا من وفاة أو طلاق. قال الشافعي: فلم أعلم مخالفاً في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما براً أو بحراً، علم مغيبهما أو لم يعلم فماتا أو أحدهما فلم يسمع لهما بخبر، أو أسرهما العدو فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما، لم نورث واحداً منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه، فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بأسار عدو، أو بخروج الزوج ثم خفي مسكنه. . الخ»[10695م].

(١٠٦٩٢) «الهداية» ج٤، ص٤٤٤ـ٤٤٥، «الفتاوى الهندية» ج٢، ص٣٠٠.

(١٠٦٩٣) «الهداية» ج٤، ص٤٤٥، «الفتاوى الهندية» ج٢، ص٣٠٠.

(١٠٦٩٤) «الفتاوى الهندية» ج٢، ص٣٠٠.

(١٠٦٩٥) «الهداية وفتح القدير» ج٤، ص٤٤٣ـ٤٤٤، والحديث الذي استدلوا به وقالوا عنه أخرجه الدارقطني، قال عنه صاحب فتح القدير: «إنه حديث ضعيف، انظر «فتح القدير» ج٤، ص٤٤٣.

(١٠٦٩٥م) كتاب «الأم» للإمام الشافعي، ج٥، ص٢٣٩.

وهذا في الواقع قول الشافعي في الجديد من مذهبه، أما في قوله القديم وحجته فيه، وفي قوله الجديد فقد بيَّنه الفقيه الشيرازي بقوله: «إذا فقدت المرأة زوجها وانقطع عنها خبره ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله ـ أي قول الشافعي ـ في القديم أن لها أن تفسخ النكاح؛ لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنَّة وتعذر النفقة بالإعسار، فلأن يجوز ها هنا وقد تعذر الجميع أولى.

والثاني: وهو قول الشافعي في الجديد، وهو الصحيح: أنه ليس لها الفسخ؛ لأنه إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله لم يجز الحكم بموته في نكاح زوجته. وقول عمر يعارضه قول علي: «تصبر حتى يعلم موته» ويخالف فرقة التعنين (بالعنَّة)، والإعسار بالنفقة؛ لأن هناك ثبت سبب الفرقة بالتعنين، وها هنا لم يثبت سبب الفرقة وهو الموت»[10696].

٨٧٣٩ ـ المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

وإذا كان الشافعية لا يجيزون التفريق بين المرأة وزوجها المفقود إلا إذا قامت البيّنة على موته، فليس معنى ذلك بقاء المرأة في رباط الزوجية إلى مالا نهاية أو إلى أن تموت مهما مضى من زمن على فقد الزوج، ولهذا قالوا: إذا مضت مدة يعلم أو يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها حسب اجتهاد القاضي، فإنه يحكم بموته، وبالتالي تقع الفرقة بينه وبين زوجته بسبب وفاة زوجها حكماً من تاريخ الحكم بموته، فقد جاء في «مغني المحتاج»: «ومن أُسِر أو فُقِد وانقطع خبره وله مال وأريد الإرث منه، وقف ماله ولا يقسم حتى تقوم البيّنة على موته، أو ما يقوم مقام البيّنة بأن تمضي مدة يعلم أو يغلب على الظن أنه ـ أي المفقود ـ لا يعيش فوقها، وإذا مضت المدة المذكورة فيجتهد القاضي حينئذٍ ويحكم بموته، لأن الأصل بقاء الحياة فلا يُورَث إلا بيقين. أما عند البيّنة فظاهر، وأما عند مضي المدة مع الحكم فلتنزيله منزلة قيام البيّنة. وهذه المدة لا تقدر، وهو الصحيح، وقيل مقدرة بسبعين سنة، وقيل بثمانين، وقيل بتسعين، وقيل بمائة وعشرين. وأنه لا بدّ من اعتبار حكم الحاكم، فلا يكفي مضي المدة من غير حكم بموته»[10697].

٨٧٤٠ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة:

ويفرق بين حالتين: (الحالة الأولى): فقده في حالة ظاهرها الهلاك. (الحالة الثانية): فقده في حالة ظاهرها السلامة. ولكل حالة حكمها كما يأتي:

(١٠٦٩٦) «المهذب» للشيرازي مع «شرحه المجموع»، ج١٦، ص٦١١.

(١٠٦٩٧) «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٦-٢٧، ص٣٩٧.

٨٧٤١ ـ الحالة الأولى:

أن يكون فقده في حالة يغلب فيها الهلاك أو ظاهرها الهلاك، كالذي يفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً أو يخرج إلى المسجد للصلاة فلا يرجع أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع فلا يرجع ولا يظهر له خبر، أو يفقد في مفازة مهلكة، أو يفقد بين الصفين في الحرب وقد نشب القتال، وقتل قوم من الجانبين، ففي هذه الحالات وأمثالها تتربص زوجة المفقود أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام إذا كانت حرّة، ونصف المدة إن كانت أَمَة، والحجَّة لهذا القول أن عمر ـ رضي الله عنه ـ قضى بذلك[١٠٦٩٨].

٨٧٤٢ ـ الحالة الثانية:

إن كان فقده في حالة ظاهرها السلامة مثل سفر التجارة وطلب العلم والسياحة، فالمرأة تتربص مدة يغلب على الظن موته بعد مضيها، وقدر ذلك بتمام تسعين سنة من يوم ولد، فقد جاء في «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «وأما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كسفر التاجر في غير مهلكة والسفر لطلب العلم والسياحة والأسر عند من ليس عادته القتل ـ أي قتل الأسير ـ وسفر الفرجة ونحوه فإن امرأة المفقود تتربص تمام تسعين سنة من يوم ولد؛ لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها، فإن فقد ابن تسعين اجتهد الحاكم، ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تحلّ للأزواج»[١٠٦٩٩].

٨٧٤٣ ـ هل يشترط حكم الحاكم لتربص الزوجة ووقوع الفرقة:

عند الحنابلة، لا يشترط لتربص الزوجة المدة المقررة لها ـ وهي على التفصيل الذي ذكرناه ـ إلى حكم حاكم، وكذلك لا يشترط لعدتها ووقوع الفرقة بعدها إلى حكم حاكم، وهذا ما صرحوا به، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يفتقر الأمر إلى حاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة والفرقة، ولا يفتقر الأمر إلى طلاق وليّ زوجها بعد اعتدادها، فلو مضت المدة والعدة تزوجت من غير طلاق وليّ ولا حاكم»[١٠٧٠٠]. وفي «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة: «فتتربص تمام تسعين سنة منذ ولد إن كان ظاهر غيبته السلامة، وأربع سنين منذ فُقد إن كان ظاهر غيبته الهلاك، ثم تعتد في الحالتين للوفاة، ولا تفتقر في ذلك التربص إلى حكم

(١٠٦٩٨) «المغني» ج٧، ص٤٨٩، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٥.

(١٠٦٩٩) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٧.

(١٠٧٠٠) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٦.

حاكم ليضرب المدة وعدة الوفاة؛ لأنها فرقة تعقبها عدة الوفاة، فلا تتوقف على ذلك كقيام البيّنة بموته[10701].

٨٧٤٤ - ابتداء مدة التربص:

في إحدى الروايتين في مذهب الحنابلة، تبدأ مدة التربص (أربع سنوات) من حين قرار الحاكم بها؛ لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت إلى أن يحكم بها الحاكم. وفي الرواية الثانية في المذهب، تبدأ المدة من حين انقطاع خبر الزوج المفقود؛ لأن هذا الانقطاع ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه[10702]. ويبدو أن الحنابلة المتأخرين أخذوا بهذه الرواية الثانية، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يفتقر الأمر إلى حاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة والفرقة؛ لأنها مدة تعتبر لإباحة النكاح، فلم تفتقر إلى الحاكم كمدة من ارتفع حيضها ولم تدر ما رفعه، فيكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره»[10703].

٨٧٤٥ - والراجح عندي، الأخذ بالرواية الأولى في المذهب الحنبلي، وهو ابتداء مدة التربص من حين قرار الحاكم لضبط الأمور والأحكام؛ ولأنها مدة مختلف فيها؛ ولأن مدة التربص تختلف باختلاف حالة الفقدان كونها يغلب فيها الهلاك أو تغلب فيها السلامة، فهذه الأمور لا يصح تقديرها للمرأة لما يترتب على ذلك من أمور خطيرة كزواجها بحجة انقضاء مدة التربص وانقضاء عدتها، والواقع خلاف ذلك.

٨٧٤٦ - هل الفرقة فسخ أو طلاق؟

والفرقة لفقد الزوج عند الحنابلة هي فرقة فسخ لعقد النكاح وليست فرقة طلاق؛ لأنهم لم يشترطوا لوقوعها حكم الحاكم ولا تطليق وليّ الزوج المفقود بعد اعتدادها كما ذكرنا عنهم قبل قليل، وهذا يعني أن الفرقة الواقعة هي فرقة فسخ لا فرقة طلاق.

٨٧٤٧ - نفقة زوجة المفقود:

إن رفعت زوجة المفقود أمرها فضرب لها مدة، فلها النفقة في مدة التربص ومدة العدة؛ لأن مدة التربص لم يحكم فيها ببينونتها من زوجها فهي محبوسة عليه بحكم الزوجية فأشبه ما قبل المدة. وأما مدة العدة فإنها غير متيقنة بخلاف عدة الوفاة، فإن موته متيقن. وما بعد العدة

(١٠٧٠١) «شرح منتهى الإرادات» ج٣، ص٣٢٦.

(١٠٧٠٢) «المغني» ج٧، ص٤٩٢، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٦.

(١٠٧٠٣) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٦.

إن تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها؛ لأنها أسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه، وإن لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفقتها باقية؛ لأنها لم تخرج بعد من نكاحه[١٠٧٠٤].

٨٧٤٨ ـ رابعاً: مذهب المالكية:

عندهم، المفقود على خمسة أنواع، ولكل نوع حكمه بالنسبة لوقوع الفرقة بينه وبين زوجته، وهذه الأنواع هي[١٠٧٠٥]:

أولاً: مفقود في بلاد الإسلام في غير زمن الوباء.

ثانياً: مفقود في بلاد الإسلام في زمن الوباء.

ثالثاً: مفقود في بلاد الشرك (في غير بلاد الإسلام).

رابعاً: مفقود في قتال بين أهل دار الإسلام.

خامساً: مفقود في قتال بين المسلمين والكفار.

٨٧٤٩ ـ أولاً: المفقود في بلاد الإسلام في غير زمان الوباء[١٠٧٠٦]:

أ : لزوجة هذا المفقود أن ترضى بالمقام مع زوجها؛ إبقاء للرابطة الزوجية فيما بينها وبينه حتى يتبين حال زوجها من جهة حياته أو موته.

ب : ولزوجته أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي، وعند عدمه لجماعة المسلمين ـ أي صالحي المسلمين ـ من جيرانها إن وجدوا وإلّا من صالحي أهل بلدها.

جـ : وفائدة رفع أمرها إلى الحاكم هو للتحري عن زوجها المفقود ولو بإرسال رسول بكتاب يبيّن فيه صفة الرجل المفقود ونسبه وحرفته، يرسله إلى حاكم البلد أو البلدان التي يظن أن المفقود يذهب إليها ليقوم حاكم تلك البلدان بالتحري عنه في ضوء الكتاب المرسل إليه من حاكم بلد الزوج المفقود. وأجرة الرسول على الزوجة إن كان لها مال، وإلا فمن بيت مال المسلمين.

د : إذا عجز الحاكم عن الحصول على خبر عن الزوج المفقود، أو عن مكانه ضرب الحاكم للمفقود أجلاً مقداره (أربع سنوات) إن كان حرّاً، ونصفها إن كان عبداً، وسواء كانت الزوجة ـ زوجته ـ مدخولها بها أم لا. وتبدأ هذه المدة من تاريخ عجز الحاكم عن الحصول على خبره.

(١٠٧٠٤) «المغني» ج٧، ص٤٩٤.

(١٠٧٠٥) «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج١، ص٥٠٤.

(١٠٧٠٦) المرجع السابق، ج١، ص٥٠٥، «الشرح الكبير» للدردير «وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٧٩-٤٨٠.

هـ : وعلى الزوجة أن تنتظر هذه المدة التي ضربها القاضي للمفقود، فلا يجوز لها أن تتزوج خلالها. فإذا انقضت هذه المدة دخلت الزوجة في عدة الوفاة.

و : ولا تحتاج الزوجة إذا انقضى الأجل المضروب ـ أربع سنوات ـ إلى إذن من الحاكم لتدخل في عدة الوفاة، أو لتتزوج بعد انقضاء هذه العدة؛ لأن هذا الإذن من الحاكم يعتبر قد حصل لها ضمناً بضربه الأجل أولاً.

ز : ولها عدم الدخول في العدة والتمسك بزوجها والبقاء في الرابطة الزوجية قبل شروعها بالعدة، فإذا شرعت بها لم يكن لها حقّ الرجوع عنها ولا البقاء في نكاح زوجها المفقود، لأن شروعها بالعدة دلّ على أنها تعتقد موت زوجها، وأنها تريد التحلل من نكاحه، فلا يقبل منها الرجوع عن المضي بالعدة ووقوع الفرقة بعد انقضائها. وقال بعض المالكية لها ذلك ما دامت العدة لم تنته. فإذا انقضت العدة فلا رجوع لها عنها بلا خلاف بين المالكية.

ح : لا نفقة لها في عدتها؛ لأن شروعها فيها يدل على قناعتها بموته، والمرأة لا تستحق نفقة في عدة الوفاة.

٨٧٥٠ ـ ثانياً: المفقود في بلاد الإسلام في زمن الوباء:

إذا فقد الزوج في بلاد الإسلام في زمان الوباء كالطاعون مثلاً، فللزوجة أن تعتد عدة الوفاة بعد زوال الوباء لغلبة الظن بموته، فقد جاء في «الشرح الصغير» للدردير: «وتعتد، أي زوجة المفقود، في المفقود زمن الطاعون بعد ذهابه، وورث ماله لغلبة الظن بموته»[١٠٧٠٧].

٨٧٥١ ـ ثالثاً: المفقود في قتال بين أهل الإسلام[١٠٧٠٨]:

وإذا كان فقد الزوج بسبب قتال بين أهل الإسلام أي بين المسلمين اشترك فيه الزوج المفقود، فقد قالوا في هذه الحالة تعتد زوجته عدة الوفاة بعد انفصال المتقاتلين بعضهم عن بعض؛ لأنه الأحوط إذ يحتمل موته آخر القتال، ولكن المعتمد في المذهب، وهو المروي عن الإمام مالك وابن القاسم أنها تعتد عدة الوفاة من يوم التقاء الجيشين للقتال. وهذا كله إذا شهد الشهود العدول أنهم رأوا المفقود قد حضر صف القتال. أما إذا شهدوا بأنه خرج مع الجيش فقط ولم يشاهدوه يقاتل، أو لم يشاهدوه قد حضر صف القتال، فإن زوجته تعتبر كزوجة المفقود في بلاد الإسلام في غير زمان الوباء.

(١٠٧٠٧) «الشرح الصغير» للدردير و«حاشية الصاوي» ج١، ص٥٠٧.

(١٠٧٠٨) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٨٢-٤٨٣.

٨٧٥٢ ـ وهل يُتلوَّم له ـ أي يمهل مدة ـ تعتد بعدها زوجته بعد انفصال الجيشين عن القتال، وفي هذه الحالة يجتهد الحاكم في تقدير هذه المدة، أو لا يمهل مدة، بل تعتد الزوجة بعد انفصال الجيشين عن القتال من غير تلوم ـ إمهال ـ أصلاً؟ قولان في مذهب المالكية بسبب تفسيرهم لقول الإمام مالك: «تعتد من يوم التقاء الصفين»، فبعض المالكية أبقى هذه العبارة على ظاهرها فقال بعدم الإمهال، وحمل بعضهم قول مالك على ما قاله الفقيه أصبغ: يضرب الحاكم لزوجة المفقود أجلاً بقدر ما يستقصي أمره وخبره.

٨٧٥٣ ـ رابعاً: المفقود في أرض الشرك[10709]:

والمقصود بأرض الشرك غير بلاد الإسلام، والمفقود في غير بلاد الإسلام، والأسير المسلم عند الكفار، تبقى زوجة هذا المفقود أو الأسير على نكاحه للتعمير أي إلى المدة التي يُظَن بقاؤه فيها، ومدة التعمير سبعون سنة من يوم ولد، وقال بعضهم: هي ثمانون، وقال بعضهم: هي خمس وسبعون سنة. ولكن الراجح عندهم الأول. وإذا فُقد وعمره سبعون سنة، فقال بعضهم يزاد عشر سنوات. ومن قال يعمر ثمانين وفقد وهو في هذا العمر قال يزاد عشر سنوات. ويلاحظ هنا أن المالكية يعاملون زوجة الأسير المسلم عند الكفار معاملة المفقود في بلاد الكفار.

٨٣٥٤ ـ وإذا اختلف الشهود في سنه فالحكم بشهادة الأقل؛ لأنه أحوط، وتجوز شهادتهم على التخمين للضرورة.

٨٧٥٥ ـ وما قلناه في زوجة الأسير والمفقود في بلاد الشرك إنما هو في حالة دوام النفقة للزوجة، وعدم الخوف من وقوعها في الزنى لبعد زوجها عنها، فإن لم يكن لها نفقة أو خشيت على نفسها الوقوع في الزنى فلها طلب التطليق، فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير وحاشية الدسوقي: «وبقيت زوجة الأسير وزوجة المفقود في المفقود في أرض الشرك للتعمير إن دامت نفقتهما وإلا فإن لهما التطليق، كما لو خشيتا الزنى فإن لهما التطليق ولو كانت نفقتهما دائمة..»[10710].

٨٧٥٦ ـ خامساً: المفقود في قتال بين المسلمين والكفار:

قالوا: إذا فقد الزوج في قتال بين المسلمين والكفار، فإن زوجته تعتد عدة الوفاة بعد سنة من نظر الحاكم في أمر فقده والتحري عنه، بمعنى أن الحاكم، أو ولي الأمر، يتحرى ويفتش

(١٠٧٠٩) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٨٢.

(١٠٧١٠) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٨٢.

عنه ما استطاع إلى ذلك سبيلا، فإذا يئس من العثور عليه فإنه يؤجله مدة سنة. وبعد هذه السنة تعتد زوجته عدة الوفاة[10711].

8757 ـ خلاصة مذهب المالكية:

وقد لخص الفقيه الدسوقي مذهب المالكية في زوجة المفقود ومدى حقّها في التفريق، تلخيصاً جيداً مع ما استظهره من عدم الحاجة إلى حكم الحاكم بموت المفقود ولا لاذنه بعدّة الزوجة، فقال رحمه الله تعالى: «المفقود في بلاد الإسلام وحكمه أنه يؤجل أربع سنين بعد البحث عنه والعجز عن خبره ثم تعتد زوجته. والمفقود بأرض الشرك كالأسير وحكمهما أن تبقى زوجتهما لانتهاء مدّة التعمير ثم تعتد زوجته. والمفقود في الفتن بين المسلمين وحكمه أن تعتد زوجته بعد انفصال الصفين. والمفقود في الفتن بين المسلمين والكفار وحكمه أن يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه ثم تعتد زوجته، هذا حاصل ما تقدم. وظاهره أنه لا يحتاج للحكم بموته في الأقسام كلّها ولا لإذن القاضي للزوجة في العدّة»[10711م1].

8758 ـ مذهب الظاهرية:

لم يأخذ الظاهرية بالتفريق لفقد الزوج، وقالوا ببقاء الرابطة الزوجية بالرغم من فقدان الزوج حتى يوجد ما يقطعها من موت أحد الزوجين أو صدور طلاق ونحوه من الزوج، وفي هذا يقول الإمام ابن حزم رحمه الله: «لا ينفسخ النكاح بعد صحته.. ولا بفقد الزوج؛ لأنه لا يدري أين هو، وهما في كل ذلك باقيان على الزوجية كما كانا» وقال أيضاً: «ومن فقد فعرف موضعه أو لم يعرف، في حرب فقد أو في غير حرب، وله زوجة لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت»[10711م2].

8759 ـ مذهب الجعفرية[10712]:

قالوا، على الزوجة أن تنتظر إلى أن يحضر زوجها أو تثبت وفاته أو ما يقوم مقامها، وهذا إذا كان لها من ينفق عليها، فإن لم يكن لها وليّ ينفق عليها ولا متبرع بالإنفاق عليها، فإن صبرت حتى يتبيّن أمره، فهذا لها ولا اعتراض عليها، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم بحث عنه وانتظر مدة أربع سنين من حين رفع أمرها إليه، فإن لم يظهر له خبر ولا عرف له مكان فإن الحاكم

(10711) «الشرح الكبير» للدردير، ج2، ص483.

(10711م1) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج2، ص483.

(10711م2) «االمحلى» لابن حزم، ج10، ص133-134.

(10712) «الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية» ج2، ص158-159.

يطلِّقها بنفسه أو يأمر الولّي به وتعتد بعده. والعدة على المشهور عندهم عدة وفاة، ويجوز لها بعد الوفاة أن تتزوج.

٨٧٦٠ ـ وقالوا: وعلى الإمام أن ينفق على زوجة المفقود من بيت المال مدة غيبة زوجها المفقود إن صبرت على فقده، وأرادت الانتظار إلى أن يتبين أمره. أما إذا لم تصبر وأراد التفريق فإن الانفاق عليها يستمر طيلة مدة البحث والتحري عنه، ثم ينقطع الانفاق عليها من بيت المال. وهذا كله إذا لم يكن للمفقود مال، فإن كان له مال، فإن الحاكم يأمر بالإنفاق منه عليها مقدماً على بيت المال.

٨٧٦١ ـ قول شيخ الإسلام ابن تيمية في زوجة المفقود:

قال شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ «والصواب في امرأة المفقود مذهب عمر ابن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ وغيره من الصحابة وهو أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة. ويجوز لها أن تتزوج بعد ذلك وهي زوجة الثاني ظاهراً وباطناً، وعلى الأصح لا يعتبر الحاكم، فلو مضت المدة والعدة تزوجت بلا حاكم»[١٠٧١٣].

٨٧٦٢ ـ القول الراجح:

ولبيان القول الراجح في مسألة التفريق لفقد الزوج لا بد من بيان الراجح في مسائل معينة هي:

أولاً: هل الراجح الأخذ بمبدأ التفريق لفقد الزوج أم لا؟

ثانياً: وإذا قلنا: إن الراجح هو الأخذ بمبدأ التفريق، فهل يلزم مراجعة القاضي لطلب التفريق أم تنفذه الزوجة دون مراجعة القاضي؟

ثالثاً: وإذا كان التفريق لفقد الزوج يستوجب مراجعة القاضي، فما هو الأجل الذي يضربه لانتظار المرأة؟

٨٧٦٣ ـ أولاً: الراجح الأخذ بمبدأ التفريق:

لا خلاف في أن من حقّ زوجة المفقود أن تصبر وتنتظر ولا تطلب التفريق حتى يتبيّن حال زوجها المفقود من جهة حياته أو موته. وإنما الخلاف في حقّها في طلب التفريق لفقد زوجها، وقد ذكرنا أقوال الفقهاء في هذه المسألة. والراجح منها الأخذ بمبدأ التفريق لفقد الزوج للأسباب التالية:

(١٠٧١٣) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٨١.

٨٧٦٤ ـ السبب الأول:

المطلوب من الزوج إمساك الزوجة بمعروف أو تسريحها بإحسان، قال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ وقد فات الإمساك بمعروف بغيبة الزوج وفقده فيتعيّن التسريح بإحسان إذا طلبته الزوجة لأنه حقّها، وقد يقال إن الزوج مفقود فلا يتوجه إليه خطاب التسريح بإحسان، فلا يحكم عليه بالتفريق وهو غائب لا تعرف حجته، والجواب: يجوز الحكم للغائب وعليه إذا رأى الحاكم المصلحة المشروعة في ذلك، قال الكمال بن الهمام الحنفي صاحب «فتح القدير»: «إذا رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه فحكم فإنه ينفذ؛ لأنه مجتهد فيه»(١٠٧١٤).

٨٧٦٥ ـ السبب الثاني:

ثبت عن سيدنا عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه قضى بالتفريق بين المرأة زوجها المفقود، وهو قول علي وابن عمر وابن عباس، وبه قضى ابن الزبير ولم ينقل إلينا ـ كما يقول ابن قدامة ـ خلاف في ذلك، فكان إجماعاً(١٠٧١٥).

٨٧٦٦ ـ السبب الثالث:

من مبادىء الشريعة الإسلامية القطعية منع الضرر من الوقوع، ورفعه إذا وقع، ومن أجل ذلك جاء تشريع نظام (الإيلاء) والتفريق (للشقاق) والتفريق لعنّة الزوج دفعاً للضرر عن الزوجة، وكذا التفريق لعدم الإنفاق على الزوجة. فالتفريق لفقد الزوج هو تفريق لدفع الضرر عن الزوجة، فينبغي الأخذ به كما أخذ بأنظمة التفريق الأخرى التي أشرت إليها والتي شرعت لدفع الضرر عن الزوجة، بل التفريق لفقد الزوج أولى بالأخذ والجواز من أنظمة التفريق التي أشرت إليها.

٨٧٦٧ ـ السبب الرابع:

احتجاج المانعين من التفريق بحديث عن زوجة المفقود منسوب إلى النبي ﷺ، وفيه «أنها امرأته حتى يأتيها البيان» هذا الحديث لا يصح كما أشار إلى ذلك صاحب «المغني» وصاحب «فتح القدير»، وبالتالي لا يصلح الاحتجاج به(١٠٧١٦).

(١٠٧١٤) «فتح القدير» للكمال بن الهمام، ج٤، ص٤٤٠.

(١٠٧١٥) «المغني» ج٧، ص٤٨٩.

(١٠٧١٦) «المغني» ج٧، ص٤٩١، «الهداية وفتح القدير» ج٤، ص٤٤٣.

٨٧٦٨ ـ السبب الخامس:

احتجاج المانعين من التفريق بما روي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال في امرأة المفقود: «هي امرأته ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق»[١٠٧١٧]، هذا الخبر يرويه الحكم وحماد مرسلاً عن علي، ولكن المروي عن علي ـ رضي الله عنه ـ وجاء مسنداً هو الموافق لقول عمر ـ رضي الله عنه ـ وهو التفريق لفقدان الزوج[١٠٧١٨]. والخبر المسند مقدم على الخبر المرسل وأولى بالأخذ منه كما هو مقرر عند علماء الحديث والأصول.

٨٧٦٩ ـ السبب السادس:

الاحتجاج بعموميات أحكام النكاح مثل وجوب النفقة وأحكام الإيلاء، وعدم وجوب العدة على الزوجة إلا بموت زوجها أو إيقاع طلاقه عليها، وأن هذه الأحكام ـ كما يقولون ـ تشمل الأزواج الحاضرين والغائبين والمفقودين، فلا يمكن القول بجواز التفريق بين المفقود وزوجته دون تيقن وفاته أو تيقن طلاقه. هذا الاحتجاج يرد عليه بأن هذه العموميات ليست قطعية في دلالتها على العموم، بل إن الراجح عند علماء الأصول أن دلالة العام على العموم ظنيّة لا قطعية حتى شاع عندهم القول: ما من عام إلا خُصَّ. ثم إن هذه العموميات مخصوصة فعلاً بأمور كثيرة منها التفريق بالإيلاء وبالعنّة، فلِمَ لا يقال: إنها مخصوصة أيضاً بالتفريق بفقد الزوج؟

٨٧٧٠ ـ ثانياً: الراجح لزوم مراجعة الحاكم بالتفريق:

أرجح لزوم رفع الزوجة أمرها إلى الحاكم لطلب التفريق إذا رغبت فيه، ولا يكفي تربصها مدة الأجل من تلقاء نفسها دون مراجعة الحاكم وتقديره هذا الأجل كما ذهب إلى ذلك الحنابلة إذ قالوا: «ولا تفتقر في ذلك التربص إلى حكم حاكم لضرب المدة وعدة الوفاة..»[١٠٧١٩].

ووجه هذا الترجيح أن التفريق لفقد الزوج مُخْتلف في جوازه عند الفقهاء، وما اختلفوا فيه لا يرتفع ويستقر على رأي ملزم بالنسبة لذوي الشأن والعلاقة فيه إلا بحكم الحاكم؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف فيما حكم فيه بالنسبة لذوي الشأن كما هو معروف. ثم إن التفريق للفقدان يسبقه تحري وتفتيش عن المفقود قبل أن تبدأ الزوجة بالتربص، وهذا التحري أو التفتيش يقوم به الحاكم عادة بنفسه أو بمراسلة حكام البلدان التي يظن أن المفقود يتردد عليها أو يسافر إليها. ثم إن طلب التفريق لفقدان الزوج رخصة للزوجة إن شاءت أخذت بها وإن شاءت تمسكت

(١٠٧١٧) «الهداية» ج٢، ص٤٤٤.

(١٠٧١٨) «المغني» ج٧، ص٤٩١.

(١٠٧١٩) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٦٦.

بزوجها وصبرت إلى أن يستبين أمره، ونحن لا نعرف نيّتها أو رغبتها في البقاء مع زوجها أو بالافتراق منه إلا إذا رفعت الأمر إلى القاضي مبيّنة حالها وموقفها من التفريق أو البقاء في نكاح زوجها، فإذا لم ترفع أمرها إلى القاضي لا يمكننا معرفة ذلك. ثم أن هذا هو الثابت عن عمر ـ رضي الله عنه ـ إذ أمر زوجة من فقد زوجها أن تتربص أربع سنوات من حين رفع أمرها إلى الإمام.

٨٧٧١ ـ والراجح في مدة الأجل، جعلها أربع سنوات في جميع حالات الفقدان. ذكرنا أقوال الحنابلة والمالكية في مدة الأجل المضروب للمفقود، وأن هذه المدة تختلف باختلاف حالة الفقد من كونها يغلب فيها الهلاك أو السلامة، وبأن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ جعلها أربع سنوات، وتعليلها عند الحنابلة بأن هذه المدة كانت لمفقود في حالة يغلب فيها الهلاك كما جاء في «المغني»: «وخيَّر عمر ـ رضي الله عنه ـ ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك»[١٠٧٢٠]، وقالوا في تعليل تقدير الأجل بأربع سنوات بأن هذه المدة هي أقصى مدة الحمل، وأن عمر ـ رضي الله عنه ـ قد لاحظها، فقد قال ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله ـ: «ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنوات، ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل»[١٠٧٢١]. كما أن للمالكية تفصيلات في مدة الأجل للمفقود تختلف باختلاف حالات فقده ذكرناها ولا حاجة لتكرارها هنا.

٨٧٧٢ ـ ويلاحظ أن أقوال الحنابلة والمالكية في تحديد مدة الأجل للمفقود، وهي مدة الأجل لانتظار زوجته، قامت على أساسين: (الأول): حالات فقد المفقود. و(الثاني): المدة التي ضربها سيدنا عمر للمفقود وهي أربع سنوات، وأن هذه المدة لوحظ فيها أقصى مدة الحمل، كما لوحظ فيها حالة الفقد وكانت حالة يغلب فيها الهلاك.

٨٧٧٣ ـ أما ملاحظة حالات فقد المفقود وفي ضوئها تتحدد مدة الانتظار، فيرد على هذا، أن سيدنا عمر لم يسأل المرأة التي رفعت إليه أمر زوجها المفقود، وهل أنه فقد في حالة يغلب فيها الهلاك أو السلامة. ثم ما من حالة يفقد فيها الشخص إلا وتحتمل السلامة كما تحتمل الهلاك، وأيضاً فإن ملاحظة معيار غلبة السلامة أو الهلاك لتحديد مدة الأجل، هذا المعيار يلحق الضرر بالزوجة لا سيما إذا اعتبر حال فقده يغلب فيها السلامة، فينبغي أن يلاحظ دفع الضرر عن الزوجة عند تحديد مدة الأجل إذ ليس من دفع الضرر عن الزوجة جعل مدة انتظارها المدة التي لا يعيش بعدها المفقود غالباً فتبقى تنظر بلوغه السبعين أو الثمانين سنة من يوم ولادته فتكون خلال هذه المدة معلقة لا هي ذات زوج فعلاً، ولا خلّية من الزوج.

(١٠٧٢٠) «المغني» ج٧، ص٤٨٩.

(١٠٧٢١) «المغني» ج٧، ص٤٧٨.

٨٧٧٤ ـ إن ضرب مدة الأجل من قبل سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ إن لم يكن لكون أن أقصى مدة الحمل هي أربع سنوات؛ لأنه لم يصرح بذلك سيدنا عمر؛ ولأن أقصى مدة الحمل مختلف فيه بين الفقهاء، فالظاهرية يجعلونها تسعة أشهر، والحنفية سنتين، وغيرهم كالحنابلة والشافعية والمالكية يجعلونها ثلاث أو أربع سنوات، ومستندهم في ذلك ـ أي من جعلها ثلاث أو أربع سنوات ـ وقائع بلغتهم وصدقوها، وقد ردّ عليهم ابن حزم بقوله: «وكل هذه أخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يُصدِّق ولا يعرف من هو ولا يجوز الحكم في دين الله تعالى بمثل هذا». وعليه فإن التعليل المعقول والمقبول لجعل عمر ـ رضي الله عنه ـ مدة تربص امرأة المفقود أربع سنوات، هو أنه رضي الله رأى هذه المدة ضرورية للتحري والتفتيش عن المفقود ولانتظار انكشاف حاله، كما أنها تعطى مهلة احتياط مقبولة للتأكد من حال المفقود أو لترجيح هلاكه إذا لم تتيقن حياته.

٨٧٧٥ ـ وعليه، وبناء على كل ما تقدم، أرجح أن تكون مدة انتظار زوجة المفقود التي يحددها لها القاضي هي مدة أربع سنوات من تاريخ مراجعتها له رافعة أمر فقدان زوجها، وأنها بعد مضي هذه المدة، إذا لم تتيقن حياته، فإن الزوجة تعتد عدة الوفاة. وسبب ترجيحي لهذه المدة، أربع سنوات، لا يستند إلى معيار غلبة الهلاك أو السلامة؛ لأني أقول بهذه المدة في جميع حالات الفقدان، وإنما يستند ترجيحي إلى أنه ضابط محدد في جميع حالات الفقد، فتستقر أحكام القضاء بالنسبة لجميع المفقودين من جهة مدة انتظار زوجاتهم، وهذا فضلاً عن قضاء سيدنا عمر رضي الله عنه بهذه المدة لتربص امرأة المفقود. وأما سبب ترجيحي جعل ابتداء مدة الأجل من تاريخ مراجعة الزوجة للقاضي وليس من تاريخ انتهاء عمليات التحري والتفتيش، فهو أن تاريخ المراجعة ثابت ومحدد ولا مجال فيه للاجتهاد والاختلاف. أما إذا جعلنا بدء سريان مدة الأجل من تاريخ الانتهاء من أعمال التحري والتفتيش، فإن هذا التاريخ يكون مبعث اختلاف وربما مبعث خصام وتدخل الأهواء لعدم انضباط هذا التاريخ ولخضوعه لتقدير القاضي، بينما تاريخ مراجعة القاضي من قبل امرأة المفقود، هو تاريخ مضبوط ومحدد. ومع هذا فيجوز للقاضي أن يحدد هذه المدة إذا ظهرت علامات أو دلائل على إمكان الوقوف على أمر المفقود من جهة معرفة مكانه وكونه حيّاً أو ميتاً.

المطلب الثاني

عودة الزوج المفقود بعد الحكم بالتفريق

٨٧٧٦ - تمهيد:

إذا عاد الزوج قبل مضي مدة تربص الزوجة أو قبل مضي عدتها، فإنها زوجته؛ لأن التفريق لم يقع وإنما الذي وقع هو بعض مقدماته من مضي الأجل أو بعضه أو مضيه ومضي بعض مدة العدة. ولكن ما حكم هذا التفريق من جهة بقائه وترتب كامل آثاره، أو بطلانه وزوال آثاره إذا عاد الزوج المفقود وقد انتهت مدة الأجل وانتهت مدة العدة؟ والجواب: قد يختلف الحكم باختلاف الأحوال، فقد يعود المفقود وزوجته لم تتزوج بعد، أو تزوجت ولم يدخل بها الزوج الثاني، أو تزوجت وقد دخل بها الزوج الثاني، ولكل حالة من هذه الحالات حكمها من جهة بطلان حكم التفريق أو عدم بطلانه، كما نوضحه فيما يلي:

٨٧٧٧ - الحالة الأولى: عودة المفقود وزوجته لم تتزوج:

وإذا عاد المفقود حياً، وزوجته لم تتزوج بالرغم من الحكم بالتفريق بينها وبينه فهي زوجته بنكاحها الأول معه، أي لا تحتاج إلى تجديد عقد النكاح معه، وبهذا صرّح الفقهاء، فمن أقوالهم:

أ: جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «وإذا حكم بموته - أي بموت المفقود - اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت، فإن عاد زوجها بعد مضي المدة - مدة العدة - فهو أحقّ بها، وإن تزوجت فلا سبيل له عليها»(١٠٧٢٣).

ب: وفي «الشرح الكبير» للدردير «وحاشية الدسوقي» في فقه المالكية: «إذا جاء المفقود أو تبيّن حياته وهي - أي زوجته في العدة أو بعدها وقبل عقد الثاني - أي قبل أن تتزوج الثاني فهو أحق بزوجته»(١٠٧٢٤).

جـ: وجاء في «المجموع شرح المهذب»: «إذا قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهي امرأته؛ لأننا إنما أبحنا لها الزواج؛ لأن الظاهر موته - أي موت زوجها - فإذا بان حياً انخرم ذلك الظاهر، وكان النكاح بحاله كما لو شهد البيّنة بموته ثم ظهر حياً»(١٠٧٢٥).

(١٠٧٢٣) «الفتاوى الهندية» ج٢، ص٣٠٠.

(١٠٧٢٤) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٨٠.

(١٠٧٢٥) «المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية» ج١٦، ص٦١٦.

د : وجاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فإن قدم زوجها الأول ـ المفقود ـ قبل أن تتزوج، فهي امرأته؛ لأننا إنما ابحنا لها التزويج؛ لأن الظاهر موته، فإذا بان حياً انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البيِّنة بموته ثم بان حياً»[10726].

٨٧٧٨ ـ **الحالة الثانية: عودة المفقود بعد أن تزوجت زوجته وقبل الدخول بها:**

وإن عاد الزوج المفقود بعد أن تزوجت، فإن كانت عودته قبل دخول الثاني بها فهي زوجة المفقود ترد إليه بنكاحها الأول كما لو لم تتزوج. قال الإمام أحمد: أما قبل الدخول فهي امرأته. وهذا مذهب الحنابلة، وهو قول الحسن وعطاء والنخعي وقتادة ومالك وإسحاق؛ لأن النكاح إنما صحَّ ـ أي نكاحَ امرأة المفقود ـ في الظاهر دون الباطن فإذا قدم المفقود تبينا أن النكاح ـ نكاح امرأته ـ كان باطلاً؛ لأنه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلاً، كما لو شهدت بيِّنة بموته. وليس عليه ـ أي على الثاني ـ مهر؛ لأنه فاسد لم يتصل به دخول[10727].

٨٧٧٩ ـ وفي «المجموع شرح المهذب» في فقه الشافعية: «إذا قدم زوجها الأول. . فأما إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا: فإن كان قبل الدخول بالثاني فهو زوجة الأول ـ أي المفقود ـ تردّ إليه»[10728].

٨٧٨٠ ـ وفي «الشرح الكبير» للدردير «وحاشية الدسوقي» في فقه المالكية: «فإن جاء المفقود أو تبيّن أنه حيّ، فتكون المرأة للمفقود فيما إذا جاء أو تبيّن حياته في العدة أو بعدها، وقبل عقد الثاني أو بعده وقبل الدخول. .»[10729].

٨٧٨١ ـ **الحالة الثالثة: عودة المفقود بعد زواج زوجته والدخول بها:**

وإن قدم الزوج المفقود بعد زواج زوجته ودخول الزوج الثاني بها، فالحكم أن يُخيّر زوجها الأول (المفقود) الذي عاد بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول، وبين أخذ صداقها ـ مهرها ـ وتكون زوجة للثاني. وهذا مذهب الحنابلة لإجماع الصحابة عليه. فقد روى معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا: «إن جاء زوجها الأول خُيِّر بين المرأة والصداق الذي ساق هو» رواه الجوزجاني والأثرم، وقضى به ابن الزبير. ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً[10730].

(١٠٧٢٦) «المغني» ج٧، ص٤٩٢.
(١٠٧٢٧) «المغني» ج٧، ص٤٩٢.
(١٠٧٢٨) «المجموع تكملة شرح المهذب» ج١٦، ص٦١٦.
(١٠٧٢٩) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٨٠.
(١٠٧٣٠) «المغني» ج٧، ص٤٩٢-٤٩٣.

٨٧٨٢ ـ وعلى هذا، فإن أمسكها زوجها الأول، المفقود، الذي عاد، فهي زوجته بالعقد الأول، والمنصوص عن الإمام أحمد أنه لا يحتاج الثاني إلى طلاق؛ لأن نكاحه كان باطلاً في الباطن. ويجب على زوجها الأول (المفقود) اعتزالها حتى تقضي عدتها من الثاني[10731].

٨٧٨٣ ـ وإن لم يخترها المفقود الذي عاد فإنها تكون للثاني، ويجب عليه أن يستأنف معها عقد نكاح جديد؛ لأننا تبيّنا بطلان عقد نكاحه عليها بمجيء زوجها المفقود حيّاً، ولأن زوجة الإنسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها[10732].

٨٧٨٤ ـ وإن اختار زوجها الأول ـ المفقود الذي عاد ـ تركها فإنه يرجع على الثاني بصداقها ـ بمهرها ـ لحكم الصحابة بذلك؛ ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها ودخوله بها. واختلف عن الإمام أحمد فيما يرجع به، فروي عنه أنه يرجع بالصداق الذي أصدقها هو، وهو اختيار أبي بكر من الحنابلة وهو قول الحسن والزهري وقتادة وعلي بين المديني، لقضاء علي وعثمان بأنه يُخيَّر بينها وبين الصداق الذي ساق هو. فعلى هذا إن كان لم يدفع إليها الصداق لم يرجع بشيء، وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع. وعن أحمد رواية أخرى: أنه يرجع عليه بالمهر الذي أصدقها الثاني. وهل يرجع الزوج الثاني على الزوجة بما أخذ منه؟ فيه روايتان: (إحداهما) يرجع به. (والثاني): لا يرجع به وهو أظهر؛ لأن الصحابة لم يقضوا بالرجوع[10733].

(١٠٧٣١) «المغني» ج٧، ص٤٩٣.

(١٠٧٣٢) «المغني» ج٧، ص٤٩٣.

(١٠٧٣٣) «المغني» ج٧، ص٤٩٣-٤٩٤.

المبحث الثاني

التفريق لغَيبة الزوج

٨٧٨٥ ـ الغَيبة في اللغة[١٠٧٣٤]:

الغَيْب خلاف الشهادة، وكل ما غاب عن العين فهو غَيْب، ويقال غابت الشمس وغيرها إذا استترت عن العين. وأغابَت المرأة، وأغيبت المرأة إذا غاب زوجها فهي مُغِيب ومُغِيبة. وفي الحديث النبوي الشريف: «أمْهِلُوا حتى تَمْتَشِطَ الشَّعْثَةُ وَتَسْتَحِدَّ المُغِيبةُ». المغيبة هي التي غاب عنها زوجها.

٨٧٨٦ ـ الغَيبة في الاصطلاح الفقهي:

يستعمل الفقهاء كلمة (الغَيبة) في غيبة الزوج عن زوجته ويريدون بها المعنى اللغوي لهذه الكلمة، ثم يرتبون عليها الأحكام الفقهية ومنها إمكان طلب التفريق إذا غاب الزوج عن زوجته. وغيبة الزوج عن زوجته تشمل (فقدان الزوج) وتشمل غيبة الزوج التي لا يصدق عليها اسم (فقدان الزوج) ولذلك نراهم، غالباً، يقيدون (الغيبة) بكونها منقطعة أو غير منقطعة، ويريدون (بالغيبة المنقطعة) حالة فقدان الزوج، و(بالغيبة غير المنقطعة) غيبة الزوج عن زوجته ـ أي تواريه وبعده عنها ـ ولكن مكانه معروف ويمكن الاتصال به.

٨٧٨٧ ـ تحديد المراد من غيبة الزوج:

والذي نريده من (غيبة الزوج) في بحثنا، تواريه وبعده عن زوجته مع معرفة مكانه وإمكان الاتصال به.

٨٧٨٨ ـ هل يحق للزوجة طلب التفريق لغيبة الزوج؟

أولاً: مذهب الحنابلة:

أ : جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ: «إذا غاب الرجل عن امرأته

(١٠٧٣٤) «لسان العرب» لابن منظور، ج٢، ص١٤٧ـ١٤٨، «المعجم الوسيط» ج٢، ص٦٧٣ـ٦٧٤.

لم يخلُ من حالين: (أحدهما) أن تكون غيبة غير منقطعة، يعرف خبره ويأتي كتابه، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله، فلها أن تطلب فسخ النكاح، فيفسخ نكاحه»[10735]. والواقع أن كلامنا يتعلق بإمكان فسخ النكاح أو إيقاع التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج فقط ـ أي بسبب غيبة الزوج ـ دون أن ينضم إليها تعذر النفقة على الزوجة. والإمام ابن قدامة ينقل الإجماع على أن ليس للمرأة أن تطلب التفريق من زوجها الغائب المعروف المكان والذي يأتي كتابه، والإنفاق عليها من ماله ممكن.

ويبدو لي، أن كلام ابن قدامة ـ رحمه الله ـ محمول على الغائب عن زوجته بعذر، وأن حاجته التي سافر من أجلها وغاب عن زوجته لم تنته أو لم تُقض، ويؤيد ذلك أن ابن قدامة نفسه قال: «وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقّها من القسم والوطء، وإن طال سفره. وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر، فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال: ستة أشهر، يكتب إليه فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما» وإنما صار إلى تقديره بهذا الحديث الذي رواه أبو حفص بإسناده عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه سأل ابنته حفصة فقال لها: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله، مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك. فقالت: خمسة أشهر، ستة أشهر. فوقّت للناس في مغازيهم ستة أشهر: يسيرون شهراً ويقيمون أربعة ويسيرون شهراً راجعين.

وسُئل أحمد كم للرجل أن يغيب عن أهله؟ فقال يُروَى ستة أشهر، وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بدّ له، فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر، فقال بعض أصحابنا يراسله الحاكم، فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه، ولا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم حاكم؛ لأنه مختلف فيه[10736].

ب : وفي «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولو سافر الزوج عنها لعذر وحاجة سقط حقها في القسم ـ أي في المبيت عندها ـ والوطء وإن طال سفره للعذر. وإن لم يكن للمسافر عذر مانع من الرجوع وغاب أكثر من ستة أشهر فطلب قدومه لزمه ذلك. ومحلّ لزوم قدومه إن لم يكن له عذر في سفره كطلب علم، أو كان في غزو أو حج واجبين أو في طلب رزق يحتاج إليه فلا يلزمه القدوم؛ لأن صاحب العذر يعذر من أجل عذره، فيكتب إليه الحاكم ليقدم، فإن

(10735) «المغني» ج7، ص488.

(10736) «المغني» ج7، ص31.

أبى أن يقدم من غير عذر بعد مراسلة الحاكم إليه فسخ الحاكم نكاحه نصّاً؛ لأنه ترك حقاً عليه تتضرر الزوجة به أشبه المولي في الإيلاء»[10737].

٨٧٨٩ ـ وخلاصة مذهب الحنابلة، أن الزوج إذا غاب أكثر من ستة أشهر فلزوجته الحق أن تراجع الحاكم وتطلب منه إقدام زوجها فيكتب إليه بواسطة حاكم البلد الذي يقيم فيه الزوج يستدعيه للقدوم، فإن قدم فبها وإن لم يقدم وقدم معذرة مشروعة قبلها الحاكم منه، وإن لم يقدم عذراً مشروعاً مقبولاً لعدم رجوعه وطلبت الزوجة التفريق، أجابها الحاكم إلى طلبها وحكم بفسخ نكاحها منه.

٨٧٩٠ ـ ثانياً: مذهب المالكية:

قالوا: «اعلم أن الغائبين عن أزواجهم خمسة:

الأول: غائب لم يترك نفقة ولا خلّف مالاً ولا لزوجته عليه شرط في المغيب ـ تطلّق نفسها إذا غاب عنها ـ، فإن أحبت زوجته الفراق فإنها تقوم عند السلطان بعدم الإنفاق ـ أي ترفع أمرها إلى السلطان طالبة التفريق لعدم الإنفاق عليها.

والثاني: غائب لم يترك نفقة، ولزوجته عليه شرط في المغيب، فزوجته مخيرة في أن تقوم بعدم الإنفاق أو بشرطها ـ أي تطلب التفريق بموجب شرطها ـ وهو أيسر عليها؛ لأنه لا يضرب له في ذلك أجل.

والثالث: غائب خلّف نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيب، فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة. وسواء كان الغائب في هذه الثلاثة الأوجه معلوم المكان أو غير معلوم المكان، إلا أنَّ معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك.

والرابع: غائب خلّف نفقة ولا شرط لامرأته عليه في المغيب، وهو مع ذلك معلوم المكان، فهذا يكتب إليه السلطان: إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلّا طلّق عليه.

والخامس: خلّف نفقة ولا شرط لامرأته عليه في المغيب، وهو مع ذلك غير معلوم المكان، فهذا هو المفقود[10738].

والقسم الرابع من الغائبين عن زوجاتهم، وهو الغائب عن زوجته وقد ترك لامرأته ما تنفق منه، ولا شرط لزوجته عليه بأن تطلّق نفسها في حال غيبته عنها، وهو معلوم المكان، ففي هذه

(١٠٧٣٧) «كشّاف القناع» ج٣، ص١١٤-١١٥.

(١٠٧٣٨) «مواهب الجليل شرح مختصر خليل» للحطاب، ج٤، ص١٥٥-١٥٦.

الحالة إذا راجعت زوجته القاضي طالبة التفريق، فإنه يكتب إليه: «إما أن يقدم، وإما أن يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلاّ طلّق القاضي عليه»[10739].

٨٧٩١ ـ شروط التفريق لغيبة الزوج:

ولكن كم تطول مدة غيبة الزوج عن زوجته حتى يمكنها أن تطلب من القاضي التفريق بسبب هذه الغيبة، وهل يكفي شرط مدة الغيبة لطلب التفريق أم لا بدّ من شروط أخرى؟ الجواب: جاء في «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «لكن الغائب لا بدّ من طول غيبته: سنة فأكثر، ولا بدّ من الكتابة إليه: إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه أو يطلق، فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد وطلّق عليه، ولا يجوز التطليق عليه بغير كتابة إليه إن علم محلّه وأمكن الوصول إليه، ولا بدّ من خوفها على نفسها الزنى، ويعلم ذلك ـ أي الخوف من الزنى من جهتها ـ لا بمجرد شهوتها للجماع». وقال الفقيه الدسوقي تعليقاً على هذا القول للدردير: «أي أنه لا يطلّق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة، وذلك كسنة فأكثر عند أبي الحسن وهو المعتمد ـ أي في مذهب المالكية ـ وقال الغرباني وابن عرفة: السنتان والثلاثة ليست بطول، بل لا بدّ من الزيادة عليها. ولا بد أن تخشى الزنى على نفسها، ويعلم ذلك منها وتصدق في دعواها حيث طالت مدة الغيبة، وأما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها، وزادا على هذين الشرطين شرطاً ثالثاً وهو الإرسال إليه، إن علم محلّه وأمكن الوصول إليه وإلا فلا يعتبر هذا الشرط، وهذا كلّه إذا كانت نفقتها دائمة، وإلا طلّق عليه حالاً لعدم النفقة»[10740].

٨٧٩٢ ـ خلاصة مذهب المالكية:

وخلاصة مذهب المالكية في التفريق بسبب غيبة الزوج، في ضوء ما ذكرناه من أقوالهم، أن غيبة الزوج تصلح أن تكون مسبباً للتفريق إذا طلبت ذلك الزوجة، ولكن بشروط هي:

أولاً: أن تكون مدة غيبة الزوج سنة فأكثر.

ثانياً: وأن تخشى الزوجة الزنى على نفسها، وتصدَّق في خشيتها إذا طالت مدة الغيبة سنة فأكثر.

ثالثاً: الكتابة إلى الزوج الغائب إن علم مكانه وأمكن الوصول إليه بأن يحضر أو يضم زوجته إليه أو يطلّق وإلاّ طلّق عليه القاضي. وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة، وإلاّ طلّق عليه القاضي حالاً لعدم النفقة.

(١٠٧٣٩) المرجع السابق، ص١٥٦.

(١٠٧٤٠) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٣١.

٨٧٩٣ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية:

وعند الشافعية، لا تصلح غيبة الزوج سبباً للتفريق وإن طلبته الزوجة، قال الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ في كتابه «الأم»: « وكذلك عندي امرأة الغائب، أي غيبته كانت مما وصفت أو لم أصف لا تعتد امرأته، ولا تنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته، ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته»[١٠٧٤١].

٨٧٩٤ ـ رابعاً: مذهب الحنفية:

وعندهم، لا يجوز التفريق لفقد الزوج، فأولى أن لا يكون هذا الجواز في حال غيبة الزوج غير المنقطعة المعلوم مكانه. وقد ذكرنا أقوالهم في زوجة المفقود، وأنها تبقى زوجته حتى يتبين أمره أو يبلغ العمر الذي لا يعيش أكثر منه عادة، أو حتى يموت أقرانه من أهل بلده[١٠٧٤٢].

٨٧٩٥ ـ خامساً: مذهب الظاهرية:

ومذهبهم صريح في عدم جواز التفريق لغيبة الزوج، سواء كانت هذه الغيبة يصدق عليها اسم (فقدان الزوج) بالمعنى الذي بيّناه أم لا، وسواء عرف مكانه أم لا، فقد قال ابن حزم ـ رحمه الله تعالى ـ: «ومن فُقِدَ فعرف أين موضعه أو لم يعرف، في حرب فُقِد أو في سلم وله زوجة، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي. . »[١٠٧٤٣]. وقال ابن حزم ـ رحمه الله ـ: «فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته، ولا أن يطلِّق أحد عن غيره»[١٠٧٤٤].

٨٧٩٦ ـ سادساً: مذهب الجعفرية:

جاء في «الفصول الشرعية» في فقه الجعفرية في المادة (١٤٠) منها: «إذا غاب الزوج ولم يكن له مال تنفق منه الزوجة ولا متبرع بالإنفاق عنه، فإن عرف مكانه أرسل إليه الحاكم إنذاراً بأن يرسل إليها النفقة، أو يحضر إليها أو يطلبها إليه، أو يطلّقها مختاراً، ويضرب له أجلاً يتناسب مع مقتضى الحال، فإن تمرّد عن ذلك كلّه طلّقها الحاكم. . »[١٠٧٤٥]، وواضح من هذا أن الغيبة وحدها لا تصلح سبباً للتفريق بدليل أن الزوج الغائب ينذر بتنفيذ واحد من أربعة أشياء: إرسال

(١٠٧٤١) كتاب «الأم» للشافعي، ج٥، ص٢٣٩.

(١٠٧٤٢) الفقرات من ٩٩٥٢-٩٩٥٤.

(١٠٧٤٣) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص١٣٣-١٣٤.

(١٠٧٤٤) «المحلى» لابن حزم، ج١٠، ص١٤٢.

(١٠٧٤٥) «الفصول الشرعية» تأليف محمد جواد مغنية، المادة ١٤٠، ص٦٧.

النفقة، أو الحضور إليها، أو بطلبها إليه، أو يطلِّقها مختاراً. فإذا اختار إرسال النفقة لم يعد للزوجة حقّ في طلب التفريق لغيبة زوجها.

٨٧٩٧ ـ القول الراجح:

الراجح قول الحنابلة، فتتحدد مدة غيبة الزوج بدون عذر مشروع التي تصلح أن تكون سبباً مقبولاً للتفريق، بما قالوه وهي ستة أشهر فأكثر، فإذا غاب هذه المدة وطلبت الزوجة التفريق أنذره القاضي بكتاب يرسله إليه يأمره فيه بالرجوع إلى زوجته، أو نقلها إليه، فإن لم يفعل فسخ الحاكم نكاحه، وإن كان للزوج عذر مشروع في غيبته، أمهله الحاكم ولم يفسخ نكاحه. ولكن كم هي مدة إمهال الزوج الغائب إذا كانت غيبته لعذر مشروع؟ لم يحدد الحنابلة مدة الإمهال في غيبته إذا كان له عذر مشروع. فقد أطلقوا القول بقبول العذر للغيبة، فقد جاء في «كشّاف القناع»: «. . ومحلّ لزوم قدومه ـ قدوم الزوج الغائب ـ إن لم يكن له عذر في سفره كطلب علم أو كان في غزو وحج واجبين أو في طلب رزق يحتاج إليه، فلا يلزمه القدوم؛ لأن صاحب العذر يعذر من أجل عذره. .»[١٠٧٤٦].

٨٧٩٨ ـ والذي يترجح عندي، أن لا تطول مدة إمهال الغائب صاحب العذر المشروع عن أربع سنوات في جميع الأحوال، لأن المنظور إليه في جعل غيبة الزوج مبرراً للتفريق عند القائلين به هو تضرر الزوجة من هذه الغيبة، وهذا الضرر حاصل بالزوجة وإن كانت غيبة الزوج لعذر، وما مثلوا له العذر الواجب المبيح لغيبة الزوج يجب تقييده بما لا يزيد على أربع سنوات؛ لأن هذه المدة هي التي حددها سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ لتربص المرأة: ـ أي لانتظارها عودة زوجها المفقود ـ. كما أن سيدنا عمر وقّت مدة ستة أشهر للغزاة يغيبون فيها عن أزواجهم ثم يرجعون إلى الغزو، فقد ذكرنا قول ابن قدامة ونعيده هنا فقد قال رحمه الله: «فوقّت ـ أي عمر رضي الله عنه ـ للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً، ويقيمون أربعة أشهر، ويسيرون شهراً راجعين. .»[١٠٧٤٧]. فإذا لم نأخذ بمدة ستة أشهر للغائب صاحب العذر، فلا ينبغي جعل المدة مطلقة بحجة وجود عذر للغائب؛ لأنه إذا كانت مراعاة مصلحة الزوج الغائب لعذره، فيجب مراعاة الزوجة بدفع الضرر عنها ـ ضرر غيبة الزوج عنها ـ والضرر يزال، وإزالته بتمكينها من طلب التفريق بمدة معقولة إن لم تكن مدة من لا عذر له بالغيبة وهي ستة أشهر، فلا أقل من جعل هذه المدة أربع سنوات مثل مدة الانتظار لزوجة المفقود. وأيضاً فإذا ترجح عند الغائب

(١٠٧٤٦) «كشّاف القناع» ج٣، ص١١٤-١١٥.

(١٠٧٤٧) «المغني» ج٧، ص٣١.

غيابه عن زوجته لعذره فمعنى ذلك أنه يفوته إمساك زوجته بمعروف، فيتعيّن عليه التسريح بإحسان، فإن لم يفعل ذلك قام القاضي مقامه بالتطليق، أو يقوم بفسخ عقد النكاح.

٨٧٩٩ ـ هذا وإن ترجيحي بجعل مدة إمهال الغائب المعذور أربع سنوات لا يعني لزوم إمهال كل غائب لعذر هذه المدة، وإنما يعني عدم تجاوزها في جميع الأحوال ويبقى تحديد مدة الإمهال للزوج الغائب المعذور حسب اجتهاد الحاكم في كل قضية على حدة، فإذا رأى أن عذر الغائب لا يستوجب إمهاله أكثر من سنة لم يمهله أكثر من سنة، إذ لا يتحتم عليه إمهاله أقصى مدة الإمهال التي رجحتها وهي الأربع السنوات.

٨٨٠٠ ـ زوجة الأسير المحبوس:

هل يحق لزوجة الأسير والمحبوس طلب التفريق كما يحقّ ذلك لزوجة الغائب الذي تكلمنا عليه في الفقرات السابقة؟.

٨٨٠١ ـ مذهب المالكية:

قال المالكية: «وتبقى زوجة الأسير وزوجة مفقود في أرض الشرك للتعمير، أي إلى المدة التي يمكن أن يعيشها الزوج ولا يعيش أكثر منها غالباً، وقدرت بسبعين سنة أو ثمانين، وهذا كله إن دامت نفقتها وإلا فلها التطليق كما لو خشيتا الزنى فإن لهما التطليق ولو كانت نفقتهما دائمة»[١٠٧٤٨]. ومعنى ذلك أن الأسير المسلم في يد الأعداء، حكمه حكم المفقود في أرض الشرك، حيث تنتظر زوجة كل منهما بلوغ زوجيهما العمر الذي لا يعيشان أكثر منه غالباً، وقُدِّرَ ببلوغ سبعين أو ثمانين سنة. إلا إذا خشيت الزوجة على نفسها الزنى فلها أن تطلب التطليق دون انتظار للتعمير، أي دون انتظار بلوغ الزوج العمر الذي لا يعيش أكثر منه. على أن يكون طلبها التفريق بعد أسره بمدة سنة كما قالوا في طلب التفريق لغيبة الزوج حيث اشترطوا مضي سنة فأكثر على غيبة الزوج.

٨٨٠٢ ـ قول شيخ الإسلام ابن تيمية:

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في زوجة الأسير والمحبوس: «وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى للفسخ بتعذره في الإيلاء إجماعاً. وعلى هذا، فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته، كالقول في امرأة المفقود

(١٠٧٤٨) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقية ج٢، ص٤٨٢.

بالإجماع كما قاله أبو محمد المقدسي»[10749]. والصواب في امرأة المفقود عند ابن تيمية هو ما قاله: «والصواب في امرأة المفقود مذهب عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة وهو أنها تتربص أربع سنوات، ثم تعتد للوفاة ويجوز أن تتزوج بعد ذلك»[10750]. وعلى هذا فإن زوجة الأسير أو المحبوس تتربص أربع سنين، فإذا مضت ولم يحضر الأسير ولم يخرج المحبوس، فرّق القاضي بينهما وبين زوجيهما. وهي فرقة فسخ كما أن فرقة زوجة المفقود فسخ، وما ذهب إليه شيخ الإسلام يمكن اعتباره مذهباً للحنابلة؛ لأن قوله معتبر ومأخوذ به في مذهب الحنابلة.

٨٨٠٣ ـ القول الراجح:

والراجح ما قرره وذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية؛ لأن مبنى التفريق لفقد الزوج أو غيبته هو تضرر الزوجة بفقد زوجها أو غيبته عنها، وأن دفع هذا الضرر عنها بتمكينها من طلب التفريق، وهذا المعنى متحقق في زوجة الأسير أو المحبوس، كما هو متحقق في زوجة المفقود أو الغائب، وكون انعدام القصد والاختيار في الابتعاد عن الزوجة كما في حالة الأسير والمحبوس والمفقود، ووجود هذا القصد والاختيار بالنسبة للغائب، فهذا الفرق لا أثر له في حصول الضرر أو عدم حصوله بالزوجة، فإن الزوجة تتضرر بابتعاد الزوج وغيبته عنها بغض النظر عن قصده وإرادته هذا الابتعاد والغياب، أي سواء أراده أو لم يرده. ومع تساوي العلّة في الوقائع والمواضع يجب تساوي الحكم فيهما جميعاً. فيكون حكم زوجة الأسير والمحبوس مثل حكم زوجة المفقود والغائب من جهة حقّها في طلب التفريق.

أما المدة التي يمهل فيها الأسير والمحبوس وتؤمر الزوجة بانتظار عودتهما خلالها، هذه المدة أرجح أن تكون أربع سنوات في الأسير، وهي مدة إمهال المفقود وتربص زوجته. أما بالنسبة للمحبوس فأرجح أن تكون المدة، مدة تربص زوجته، وانتظار خروجه من الحبس أربع سنوات أيضاً، ولا يجوز طلب التفريق قبل مضيها، ولا يقال ما فائدة جعل المدة أربع سنوات، وقد يحكم على الزوج بالحبس عشر سنوات أو أكثر، فلماذا لا تمكن الزوجة من التفريق قبل مضي الأربع سنوات؟ والجواب قد يصدر العفو عنه قبل مضي الأربع سنوات كما نلاحظه في زماننا حيث يصدر رئيس الدولة العفو عن المسجونين عما تبقى من مدة حبسهم.

(١٠٧٤٩) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٤٧.

(١٠٧٥٠) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص٢٨١.

٨٨٠٤ ـ **هل ترك الوطء يبرر التفريق كالغيبة؟**

أولاً: عند المالكية:

جاء في «مختصر خليل» في فقه المالكية: «واجتهد الحاكم وطلّق على الزوج في حلفه لأعزلن عنها، أو ترك الوطء ضرراً وإن غائباً». وقال الدردير تعليقاً على هذا القول: «فيطلق عليه بالاجتهاد إن كان حاضراً، بل وإن كان غائباً. ولا مفهوم لقوله (ضرراً)، بل إذا تضررت هي من ترك الوطء طلّق عليه بالاجتهاد ولو لم يقصد الضرر، يدل عليه قوله: ـ أي قول خليل في مختصره ـ أو سرمد في العبادة ـ أي داوم العبادة ـ ورفعته زوجته إلى القاضي، فيقال له إما أن تطأ أو تطلّقها أو يُطلق عليك بلا ضرب أجل على الأصح»[١٠٧٥١].

٨٨٠٥ ـ والحاصل إذا حلف ليعزلن عن زوجته زمناً يحصل به ضررها أو ترك وطأها زمناً تضررت به الزوجة أو استمر في العبادة على وجه ترك مع هذا الاستمرار ترك وطأ زوجته، فتضررت بذلك وأرادت الطلاق، فإن الحاكم يسعه أن يجتهد في أمر طلاقها. أي له أن يجتهد في أن يطلق عليه فوراً بدون أجل أو يضرب له أجلاً، ويجتهد في قدر هذا الأجل بجعله بقدر أجل الإيلاء أي أربعة أشهر أو جعله بقدره أو أكثر منه، فإن علم القاضي لدده وإصراره على الإضرار بزوجته طلّق عليه القاضي فوراً، وإلا أمهله مدة حسب اجتهاده لعله يرجع عما هو عليه. فإذا انقضى أجل التّلُوُّم ـ أي الإمهال ـ ولم يرجع عما هو عليه من ترك وطء زوجته طلّق القاضي عليه، وكل هذا إذا أصرت الزوجة على الطلاق والخلاص من زوجها، وأما إذا رضيت بالإقامة معه بلا وطء فلا تُطلّق عليه[١٠٧٥٢].

٨٨٠٦ ـ **ثانياً: مذهب الحنابلة:**

جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «ويجب على الزوج أن يطأ زوجته في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر، فإن أبى ذلك ـ أي الوطء بعد انقضاء الأربعة أشهر ـ فُرّق بينهما بطلبها كالمولي وكما لو منع النفقه وتعذرت عليها من قبله»[١٠٧٥٣].

٨٨٠٧ ـ **ثالثاً: قول شيخ الإسلام ابن تيمية:**

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ «وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضٍ للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد ولو مع قدرته أو عجزه كالنفقة

(١٠٧٥١) «الشرح الكبير» للدردير على مختصر خليل، ج٢، ص٤٣١.

(١٠٧٥٢) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٤٣١

(١٠٧٥٣) «كشّاف القناع» ج٣، ص١١٤.

وأولى، أي أولى من الفسخ لتعذر النفقة لعجزه عنها، وذلك للفسخ بتعذر الوطء في الإيلاء»[10754].

٨٨٠٧م - ترك الوطء مبرر للتفريق:

وخلاصة أقوال المالكية والحنابلة أن ترك الوطء مبرر لحقّ الزوجة في طلب التفريق من زوجها دفعاً للضرر عنها، بل إن شيخ الإسلام ابن تيمية يرى هذا الحقّ للزوجة في طلب التفريق وإن كان ترك الوطء بسبب عجز الزوج عنه؛ لأن المنظور إليه هو دفع الضرر عن الزوجة وهذا حاصل وواقع بها في ترك الزوج الوطء، سواء قصد إضرارها بهذا الترك أو لم يقصده، وسواء كان قادراً على الوطء أو عاجزاً عنه، وما ذهب إليه شيخ الإسلام هو الراجح. وأرى الأخذ بالإمهال ومقداره برأي المالكية وبالتفصيل الذي قالوه وذكرناه عنهم.

٨٨٠٨ - الفرقة للغيبة أو لترك الوطء فسخ أم طلاق؟

والفرقة لغيبة الزوج إذا أوقعها القاضي، هي فرقة فسخ عند الحنابلة[10755]، والفرقة لترك الوطء فسخ كما قال ابن تيمية[10756]. وعند المالكية الفرقة للغيبة أو لترك الوطء فرقة طلاق لا فسخ[10757].

(١٠٧٥٤) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٤٧.

(١٠٧٥٥) «كشّاف القناع» ج٣، ص١١٤.

(١٠٧٥٦) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٢٤٧.

(١٠٧٥٧) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٤٣١.



الفصل العاشر
التفريق لعدم الإنفاق

٨٨٠٩ - تمهيد:

من حقوق الزوجة على زوجها إنفاقه عليها. وقد يمتنع الزوج عن الإنفاق عليها وهو حاضر، وقد لا تحصل على النفقة منه لغيبته عنها، فهل يصلح عدم الإنفاق على الزوجة سبباً لطلب التفريق؟ وإذا كان للزوجة هذا الحقّ فما هي شروط إيقاع التفريق بينها وبين زوجها بسبب عدم الإنفاق عليها؟ وما نوع الفرقة التي تقع في هذه الحالة، هل هي فرقة فسخ أم طلاق؟

٨٨١٠ - منهج البحث:

وبناء على ما تقدم، نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: أقوال الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق.
المبحث الثاني: عدم الإنفاق مع حضور الزوج.
المبحث الثالث: عدم الإنفاق لغيبة الزوج.
المبحث الرابع: شروط التفريق لعدم الإنفاق.
المبحث الخامس: نوع الفرقة لعدم الإنفاق.

المبحث الأول

أقوال الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق

٨٨١١ ـ هل يجوز التفريق لعدم الإنفاق:

إذا لم ينفق الزوج على زوجته مع توافر سبب النفقة وشروطها، فهل يجوز لها ـ من حيث المبدأ ـ طلب التفريق لعدم إنفاق الزوج عليها أم لا يجوز لها ذلك؟ وما أقوال الفقهاء في هذه المسألة؟ والجواب: منهم من منع التفريق لعدم الإنفاق، ومنهم من أجازه، ومنهم من فصّل، ومنهم من لم يكتفِ بمنع التفريق لعدم الإنفاق، وإنما أوجب على الزوجة الغنية أن تنفق على زوجها الفقير إذا عجز عن الإنفاق عليها أو على نفسه. ونذكر فيما يلي أقوالهم وبعض ما استدلوا به، ثم نتبع ذلك ببيان الراجح ـ إن شاء الله تعالى ـ.

٨٨١٢ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق، جاء في «الهداية» في فقه الحنفية: «ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما، ويقال لها استديني عليه»[١٠٧٥٨]، وفي «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «ولا يفرق بعجزه عن النفقة وتؤمر بالاستدانة عليه»[١٠٧٥٩].

٨٨١٣ ـ أدلة الحنفيـــة:

وقد استدل الحنفية أو استدل غيرهم لقولهم، بأدلة منها ما يأتي:

٨٨١٤ ـ الدليل الأول:

قولـه تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[١٠٧٦٠]. وقد قيل في تفسيرها: «إنها عامة في جميع النـاس، فكـل من أُعْسَـر أُنْـظِر»[١٠٧٦١]، وبـأن غاية ما يقال في نفقة الزوجة أنها تكون

(١٠٧٥٨) «الهداية» ج٣، ص٣٢٩.

(١٠٧٥٩) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٥٥٠.

(١٠٧٦٠) [سورة البقرة، الآية ٢٨٠].

(١٠٧٦١) «تفسير القرطبي» ج٣، ص٣٧٢.

دَيْناً في الذمة، وقد أعسر بها الزوج، فتكون الزوجة مأمورة بالانتظار بموجب نصّ هذه الآية»[10762].

8815 ـ الدليل الثاني:

في التفريق لعدم الإنفاق إبطال للنكاح، وفي إبطال النكاح إبطال لحق الزوجية بالكلية، وفي إلزام الزوجة بالانتظار والصبر مع وصول حقّها إليها عن طريق استدانة نفقتها لا يترتب عليه سوى تأخير استيفاء حقّها في النفقة منه، وإذا دار الأمر بين إبطال حقّ الزوج بالكلية وبين تأخير استيفاء حقّها كان التأخير أولى[10763].

8816 ـ الدليل الثالث:

النفقة مال والعجز عن تسديد المال لمستحقه (الزوجة) لا يوجب الفرقة كالعجز عن تسديد المهر وتسديد النفقات المتجمعة السابقة الثابتة في ذمة الزوج؛ وهذا لأن المقصود بالنكاح هو تحصيل أغراضه، وليس مقصوده تحصيل المال فكان المال أو تحصيله بحكم التبع لمقصود النكاح، والعجز عن التبع لا يكون سبباً لرفع الأصل[10764].

8817 ـ الدليل الرابع:

قياس التفريق لعدم الإنفاق على التفريق لعنّة الزوج قياس مع الفارق فلا يصح، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عجزاً عن المال وهو تابع في باب النكاح كما قلنا، والعجز عن الوصول إلى الزوجة لسبب العنّة ونحوها إنما يكون عجزاً عن الوصول إلى مقصود النكاح وهو التوالد والتناسل وقضاء الشهوة، ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جواز الفرقة بالعجز عن التابع له[10765].

8818 ـ الدليل الخامس:

قال تعالى: **﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعتهِ، وَمَنْ قُدِرَ عَلَيهِ رِزقُهُ فَلينفقْ مِمَّا آتاهُ اللهُ. لا يُكلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاَّ ما آتَاها. سَيجعلُ اللهُ بَعدَ عُسرٍ يُسْراً﴾**[10766].

(10762) «فتح القدير» ج3، ص330.

(10763) «فتح القدير» ج3، ص330.

(10764) «المبسوط» للسرخسي، ج5، ص191.

(10765) «شرح العناية على الهداية» ج3، ص330.

(10766) [سورة الطلاق، الآية 7].

قال الإمام الجصاص في تفسير هذه الآية: «.. إذا لم يقدر الزوج على النفقة لم يكلفه الله تعالى الإنفاق في هذه الحال، وإذا لم يُكلَّف الإنفاق في هذه الحال لم يجز التفريق بينه وبين زوجته لعجزه عن نفقتها، وفي ذلك دليل على بطلان قول من فرق بين العاجز عن نفقة زوجته وبينها، فإن قيل قد آتاه الله تعالى الطلاق، فعليه أن يطلق. قيل له: قد بُيِّنَ بالآيةِ الكريمة أنه لم يُكلفه النفقة في هذه الحال، فلا يجوز إجباره على الطلاق من أجلها؛ لأن فيه إيجاب التفريق بشيء لم يجب. وأيضاً فإن الله تعالى أخبر أنه لم يكلِّفه من الإنفاق إلا ما آتاه، والطلاق ليس من الإنفاق فلم يدخل في اللفظ. وأيضاً إنما أراد أنه لا يكلِّفه مالا يطيق ولم يرد أنه يكلفه كل ما يطيق؛ لأن ذلك مفهوم من خطاب الآية. وقوله تعالى: ﴿سَيَجْعَلُ اللهُ بَعدَ عُسْرٍ يُسْرَاً﴾ يدل على أنه لا يفرق بينهما من أجل عجزه عن النفقة؛ لأن العسر يرجى له اليسر[10767].

وخلاصة الاستدلال بهذه الآية أن يقال: «إذا لم يكلِّفه الله تعالى النفقة في هذه الحال، فقد ترك ما لا يجب عليه ولم يأثم بتركه، فلا يكون سبباً للتفريق بينه وبين زوجته»[10768].

٨٨١٩ ـ الدليل السادس:

قوله تعالى: **وَأَنْكِحُوا الأَيامى مِنْكُمْ والصَّالِحينَ مِنْ عِبادِكُمْ وَإمائِكُمْ. إنْ يَكُونُوا فُقراءَ يُغْنِهِمُ اللهُ مِنْ فَضلِهِ واللهُ وَاسعٌ عَليمٌ**﴾[10769] جاء في تفسير الآلوسي: «واحتج بعضهم بهذه الآية على أن النكاح لا يفسخ بالعجز عن النفقة؛ لأنه سبحانه وعد فيها بالغنى»[10770] وفي «تفسير ابن كثير» بصدد هذه الآية قال: «قوله تعالى: ﴿إنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللهُ مِنْ فَضلِهِ﴾ قال علي بن أبي طلحة عن ابن عباس: رغبهم الله في التزويج، وأَمَرَ به الأحرار والعبيد ووعدهم عليه الغنى، فقال: إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله» وقد زوّج النبي ﷺ ذلك الرجل الذي لم يجد عليه إلا إزاره ولم يقدر على خاتم من حديد، ومع هذا فزوّجه بتلك المرأة وجعل صداقها عليه أن يعلمها ما معه من القرآن»[10771].

٨٨٢٠ ـ الدليل السابع:

لم يزل في الصحابة المعسر والموسر وكان معسروهم أضعاف موسريهم، فما مكّن رسول

(10767) «أحكام القرآن» للجصاص، ج٣، ص٤٦٣-٤٦٤.

(10768) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص١٥٤.

(10769) [سورة النور، الآية ٣٢].

(10770) «تفسير الآلوسي» ج١٨، ص١٥٠.

(10771) «تفسير ابن كثير» ج٣، ص٢٨٦-٢٨٧.

الله ﷺ امرأة قط من الفسخ ـ فسخ النكاح ـ بإعسار زوجها ولا أعلمها أن الفسخ حقّ لها[10772].

8821 ـ ثانياً: مذهب الجعفرية:

المشهور في مذهب الجعفرية عدم جواز التفريق بعدم الإنفاق، ولكن قال بعض متأخري فقهائهم لا يبعد أن يجوز ذلك، فقد جاء في كتاب «منهاج الصالحين»: «الأشهر أن القدرة على النفقة ليست شرطاً في صحة النكاح، فإذا تزوّجت المرأة العاجز، أو طرأ العجز بعد العقد لم يكن لها الخيار في الفسخ لا بنفسها ولا بواسطة الحاكم، بل ليس لها المطالبة بالطلاق. ولكن لا يبعد أن يجوز لها أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي فيأمر زوجها بالطلاق، فإن امتنع طلّقها الحاكم الشرعي»[10773].

8822 ـ ثالثاً: مذهب الظاهرية:

الظاهرية كالحنفية لا يجيزون التفريق لعدم الإنفاق، ولكنهم انفردوا برأي خاص لم يقل به غيرهم، وهو أن الزوجة إذا كانت غنية وزوجها فقير معسر لا يمكنه الإنفاق عليها ولا على نفسه أن عليها الإنفاق دون أن ترجع عليه بما أنفقته عليه، وهذا إذا لم يكن له ولد ولا والد ينفقان عليه، فقد جاء في «المحلّى» لابن حزم الظاهري: «فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر إلا أن يكون عبداً فنفقته على سيّده لا على امرأته، وكذلك إن كان للحرّ ولد أو والد فنفقته على ولده أو والده إلا أن يكونا فقيرين. برهان ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزقُهُنَّ وكِسْوتُهُنَّ بِالمعرُوفِ. لا تُكلَّفُ نَفسٌ إلاَّ وُسعَها. لَا تُضارَّ وَالدةٌ بِولدِهَا ولاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِولدِهِ. وَعلى الوارِثِ مِثْلُ ذَلكَ﴾ والزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن»[10774].

8823 ـ رابعاً: قول الإمام ابن القيم:

قال الفقيه الإمام ابن القيم: والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة أن الرجل إذا غرَّ المرأة بأنه ذو مال فتزوجته على ذلك، فظهر معدماً لا شيء له، أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته، ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم أن لها الفسخ. وإن تزوجته عالمة بعسرته أو كان موسراً ثم أصابته جائحة أجاحت ماله، فلا فسخ لها في ذلك،

(10772) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص١٥٥.

(10773) «نهاية الصالحين في فقه الجعفرية» للسيد محسن الحكيم، ج٢، ص١٦١.

(10774) «المحلى» ج١٠، ص٩٢، والآية في سورة البقرة ورقمها ٢٣٣.

ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحاكم ليفرق بينهم وبينهن[10775].

٨٨٢٤ ـ خامساً: مذهب الجمهور:

ذهب أكثر الفقهاء وجمهورهم إلى جواز التفريق لعدم إنفاق الزوج على زوجته وإن كان ذلك لعجزه عن الإنفاق، ونذكر فيما يلي بعض أقوال هؤلاء الفقهاء، ثم نذكر أدلتهم.

٨٨٢٥ ـ بعض أقوال الجمهور:

أ : جاء في «الشرح الكبير» للدردير في فقه المالكية: «ولها ـ أي للزوجة ـ الفسخ بطلقة رجعية إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة لا ماضية بصيرورة الماضية ديناً في ذمته»[10776]. وقال الدسوقي تعليقاً على هذا القول: «لها طلب الفسخ والقيام به أي رفعه إلى الحاكم لا أن توقع الفسخ الآن؛ لأنه تطليق»[10777].

ب : وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وإذا أعسر الزوج بنفقة زوجته، فإن صبرت صارت ديناً عليه وإن لم يفرضها القاضي وإلا بأن لم تصبر فلها الفسخ على الأظهر[10778]».

جـ : وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرته وعدم ما ينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه وبين فراقه. وروي نحو ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحماد ومالك ويحيى القطان وعبدالرحمن بن مهدي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور»[10777م1].

٨٨٢٦ ـ أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على قولهم بجواز التفريق لعدم انفاق الزوج على زوجته بجملة أدلة، نذكر منها ما يأتي:

٨٨٢٧ ـ الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمعروفٍ أو تَسْرِيح بإحسان﴾ وإمساك الزوجة مع ترك الإنفاق عليها

(١٠٧٧٥) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص١٥٦.

(١٠٧٧٦) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٥١٨.

(١٠٧٧٧) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٥١٨.

(١٠٧٧٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٢.

(١٠٧٧٧م١) «المغني» ج٧، ص٥٧٣.

ليس إمساكاً بمعروف فيتعين التسريح[١٠٧٧٧م٢].

٨٨٢٨ ـ الدليل الثاني:

أخرج الإمام البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال النبي ﷺ: «أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خيرٌ من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة: إما أن تطعمني وإما أن تطلقني.. الخ»[١٠٧٧٧م٣].

وجاء في «شرح العسقلاني» لهذا الحديث: «واستدل بقوله: «إما أن تطعمني وإما أن تطلقني) من قال يفرق بين الرجل وامرأته إذا أعسر بالنفقة واختارت الزوجة فراقه، وهو قول جمهور العلماء. واستدل الجمهور أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾[١٠٧٧٩].

٨٨٢٩ ـ الدليل الثالث:

قال الإمام الشافعي: «.. فلما كان من حقّها عليه أن يعولها، ومن حقّه أن يستمتع بها، فاحتمل إذا لم يجد ما ينفق عليها أن تُخَير المرأة بين المقام معه وفراقه، فإن اختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق»[١٠٧٨٠].

٨٨٣٠ ـ الدليل الرابع:

عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنهما ـ كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يخبروهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلّقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا»[١٠٧٨١].

٨٨٣١ ـ الدليل الخامس:

عن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال: يفرق بينهما. قال أبو الزناد، قلت: سنّة؟ قال سعيد بن المسيب: سنّة. قال الإمام الشافعي ويشبه أن يكون المقصود بقوله: سنّة أي سنة رسول الله ﷺ[١٠٧٨٢].

(١٠٧٧٧م٢) «المغني» ج٧، ص٥٧٣، والآية في سورة البقرة ورقمها ٢٢٩.

(١٠٧٧٧م٣) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج٩، ص٥٠٠.

(١٠٧٧٩) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج٩، ص٥٠١.

(١٠٧٨٠) «الأم» للشافعي، ج٥، ص٩١.

(١٠٧٨١) «السنن الكبرى» للبيهقي، ج٧، ص٤٦٩.

(١٠٧٨٢) «السنن الكبرى» للبيهقي، ج٧، ص٤٦٩.

٨٨٣٢ ـ الدليل السادس:

إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء، والضرر فيه أقل من ضرر عدم الإنفاق، لأن بالعجز عن الوطء إنما هو فقد لذة وشهوة، ويبقى البدن بدونها، فلأن يثبت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى[١٠٧٨٣].

٨٨٣٣ ـ القول الراجح:

أولاً: المسألة اجتهادية تبحث في ضوء أصول الشريعة:

يبدو لنا من عرض أقوال الفقهاء في مسألة مدى حقّ الزوجة في طلب التفريق لعدم إنفاق الزوج عليها، أنها مسألة اجتهادية ليس فيها نصّ قطعي يجب الركون إليه والأخذ به. وإذا كانت المسألة من مسائل الاجتهاد وجب تلمس الراجح فيما قيل فيها في ضوء أصول الشريعة وقواعدها ومقاصدها. ومن أصول الشريعة دفع الضرر عن المضرور إذ لا ضرر ولا ضرار. كما أن مقاصد الشريعة الترغيب في النكاح لتكثير النسل وإبقاء الرابطة الزوجية ما أمكن ذلك. ثم إن الفقر ليس بذاته مدعاة للمذمة ولا مما يقدح في مكانة الإنسان في ميزان الإسلام، ثم إن من خصائص الشريعة الإسلامية أنها واقعية لا تغفل عن واقع الناس وما جبلوا عليه، وأنهم ليسوا سواء في استعدادهم للأخذ بما تستحسنه الشريعة دون إلزام وإيجاب، وفي ضوء هذه الأصول والمقاصد والخصائص للشريعة الإسلامية يمكننا أن نبيّن ما يأتي، والراجح من أقوال الفقهاء:

٨٨٣٤ ـ نتائج بحث المسألة في ضوء أصول الشريعة:

أولاً: إن التفريق لعدم الإنفاق رخصة للزوجة وليس واجباً عليها، وهذا متفق عليه ولا خلاف فيه.

ثانياً: من المستحسن والمرغوب فيه شرعاً أن تصبر الزوجة على إعسار الزوج، وتقف بجانبه وتواسيه وتعاونه ما استطاعت إلى ذلك سبيلاً. روي عن الحسن البصري ـ رحمه الله تعالى ـ في الرجل يعجز عن نفقة امرأته، قال: تواسيه وتتقي الله وتصبر وينفق عليها ما استطاع. وعن الإمام الزهري في رجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال: تستأني به ولا يفرق بينهما، وقرأ قوله تعالى: **﴿لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلَّا مَا آتَاهَا، سَيَجعَلُ اللهُ بَعدَ عُسْرٍ يُسْرَاً﴾**[١٠٧٨٤].

ثالثاً: إذا لم تستطع الصبر على حال الزوج وعجزه عن الإنفاق عليها لأي سبب يجعلها غير

(١٠٧٨٣) «المغني» ج٧، ص٥٧٤.

(١٠٧٨٤) «زاد المعاد» ج٤، ص١٥٣.

مستطيعة على الصبر، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي للتفريق بينه وبينها إذا لم يطلقها الزوج طواعية باتفاق بينهما.

رابعاً: إن رفع أمرها إلى القاضي للتفريق دليل على عدم قدرتها على الصبر وعلى تضررها بعجز الزوج عن الإنفاق عليها، والضرر يزال، ولا يجوز أن نطلب من المرأة الصبر على تحمل الضرر على وجه الإلزام؛ لأن النفوس ليست واحدة والنساء لَسْنَ في مستوى واحد من الصبر والتحمل والمواساة لأزواجهم في حالة فقرهم وعَوَزِهم إلى حدّ العجز عن الإنفاق عليهم.

خامساً: وحقّ الزوجة في طلب التفريق يجد سنده الشرعي في الأدلة التي ساقها الجمهور على قولهم. أما أدلة المانعين فلا تنهض حجة راجحة إلى ما ذهبوا إليه. وأقوى ما احتجوا به ـ في نظرنا ـ أن العاجز عن الإنفاق لا يكلف به لقوله تعالى: ﴿**لِيُنفقْ ذُو سَعةٍ مِنْ سَعتهِ. ومَنْ قُدرَ عَلَيْهِ رِزقُهُ فَلينفقْ ممَّا آتاهُ اللهُ، لا يُكلِّفُ اللهُ نَفساً إلاّ ما آتاها..**﴾ ولكن هذه الحجة على قوتها يمكن الردّ عليها بأن القائلين بالتفريق لا يقولون بتكليفه بالإنفاق حال إعساره وعجزه عن الإنفاق وإنما يقولون أو يقال عنهم بأن المقصود هو دفع الضرر عن الزوجة، وهذا لا يتم في حال عجز الزوج عن النفقة إلا بتمكين الزوجة من طلب التفريق. ومسعى الجمهور في رفع الضرر عن الزوجة عن طريق التفريق الإلزامي إذا رفض الزوج تطليقها اختياراً أو اتفاقاً معها، هو مسعى حميد وسائغ شرعاً، وبالتالي يكون قول الجمهور في هذه المسألة هو الراجح.

٨٨٣٥ ـ الأخذ بقول الجمهور بشروط:

هذا ومن الجدير بالذكر أن قول الجمهور الذي رجحناه وهو جواز التفريق لعدم الإنفاق هو ترجيح هذا المبدأ، ولكن تطبيقه يستلزم شروط معينة لإمكان إيقاع التفريق بين الزوجين بسبب عدم الإنفاق، وهذه الشروط نبينها في المباحث التالية.

المبحث الثاني

عدم الإنفاق مع حضور الزوج

٨٨٣٦ ـ تمهيد، ومنهج البحث:

الزوج الحاضر قد لا ينفق على زوجته لعجزه عن الإنفاق نظراً لفقره وإعساره، وقد يمتنع عن الإنفاق مماطلة منه وتعنتاً وإضراراً بالزوجة بالرغم من قدرته على الإنفاق. وقد يتفق الحكم في الحالتين وقد يختلف باختلاف آراء القائلين بمبدأ التفريق لعدم الإنفاق ـ كما سنرى ـ. وعلى هذا، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: عدم الإنفاق لعجز الزوج الحاضر.
المطلب الثاني: عدم الإنفاق لتعنت الزوج الحاضر.

المطلب الأول

عدم الإنفاق لعجز الزوج الحاضر

٨٨٣٧ ـ عجز الزوج الحاضر عن نفقة الزوجة:

إذا عجز الزوج الحاضر عن نفقة زوجته وثبت عجزه بالبيّنة الشرعية، فقد تحقق سبب التفريق بين الزوجين، وجاز للزوجة طلبه إذا تحققت شروطه التي سنذكرها فيما بعد. ولكن هل يجب التفريق فوراً أم لا؟ ثم ما هي إجراءات القاضي قبل أن يوقع التفريق بين الزوجين؟ هذا ما نبيّنه في ضوء أقوال المذاهب المختلفة.

٨٨٣٨ ـ أولاً: مذهب المالكية:

قالوا: إذا ثبت عجز الزوج عن الإنفاق بإقراره أو بالبينة الشرعية بغير الإقرار وطلبت الزوجة التفريق، تلوّم له القاضي ـ أي أمهله ـ مدة مناسبة حسب رأيه واجتهاده، فإن عاد إلى الإنفاق على زوجته خلال مدة الإمهال فبها ونعمت، وإن ظل ممتنعاً عن الإنفاق لعجزه عنه ومضت مدة الإمهال طلّق عليه القاضي طلقة رجعية. وإذا لم يثبت العجز بالبيّنة الشرعية المعتبرة قال له

القاضي: طلّق زوجتك أو أنفق عليها، فإن امتنع من الطلاق والإنفاق، فقيل يمهل مدة مناسبة، ثم يطلّق عليه القاضي إن ظل على امتناعه. وقيل لا يمهل، بل يطلق القاضي عليه فوراً وهذا هو المعتمد في مذهب المالكية. وإن سكت الزوج إذا ادّعت الزوجة عدم الإنفاق، فلم يبيّن عجزه عنه ولا قدرته عليه، فإنّ القاضي يطلق عليه حالاً بلا إمهال[١٠٧٨٥].

٨٨٣٩ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

وعندهم، إذا ثبت للزوجة حقّ فسخ النكاح بإعسار الزوج وعجزه عن الإنفاق عليها واختار المقام معه ولم تطلب فسخ النكاح ثبت لها في ذمة زوجها ما يجب للزوجة على زوجها المعسر من الطعام والأدم والكسوة ونفقة الخادم، فإذا أيسر طولب بها؛ لأنها حقوق واجبة عليه عجز عن أدائها، فإذا قدر على أدائها طولب بها كسائر الديون. وإن اختارت الزوجة المقام بعد الإعسار ولم تطلب التفريق لم يلزمها تمكينه من نفسها، ولها أن تخرج من منزله للتكسب؛ لأن التمكين من نفسها وعدم الخروج من بيت الزوجية ونحو ذلك هو من حقوق الزوج عليها في مقابلة إنفاقه عليها، وقد فاتت النفقة بإعساره فلا يلزمها التمكين ولا لزوم البيت ولا عدم الخروج للتكسب، ولكن إذا خرجت فعليها الرجوع إلى البيت ليلاً؛ لأنه وقت الإيواء وليس وقت العمل والاكتساب. وإذا اختارت المقام معه على الإعسار ثم رأت أن تطلب التفريق وفسخ النكاح، جاز لها ذلك؛ لأن النفقة يتجدد وجوبها في كل يوم فيتجدد لها حقّ الفسخ. وإن اختارت التفريق فإن القاضي يمهل زوجها ثلاثة أيام على القول الأظهر في مذهب الشافعية وإن لم يطلب الزوج الإمهال؛ لأنه قد يعجز عن النفقة لعارض ثم يزول، وهي على كل حال مهلة قصيرة يمكن للزوجة خلالها تحصيل نفقتها باستدانة ونحوها. ولها بعد الإمهال فسخ النكاح صبيحة اليوم الرابع أي بعد مضي مدة الإمهال مباشرة إلا إذا سلّم لها نفقة اليوم الرابع وعاد إلى الإنفاق[١٠٧٨٦].

٨٨٤٠ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة[١٠٧٨٧]:

قالوا، العجز عن النفقة الذي يثبت حقّ الفسخ للزوجة هو العجز عن نفقة المعسر لا ما زاد عليها؛ لأن ما زاد عليها يسقط بإعساره، وسواء كانت النفقة التي أعسر بها أو عجز عنها نفقة طعام أو كسوة أو أجرة مسكن. وإذا ثبت للزوجة حقّ التفريق بفسخ النكاح، خُيِّرتْ على التراخي

(١٠٧٨٥) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص٥١٨ـ٥١٩.

(١٠٧٨٦) «المهذب وشرحه بتكملة المجموع» ج١٧، ص١١٢ـ١١٣، «نهاية المحتاج، ج٧، ص٢٠١ـ٢٠٦، «مغني المحتاج» ج٣، ص٢٤٢ـ٢٤٥.

(١٠٧٨٧) «المغني» لابن قدامة الحنبلي، ج٧، ص٥٧٤ـ٥٧٥، «كشّاف القناع» ج٣، ص٣١٠ـ٣١١.

بين الفسخ من غير إمهال للزوج وبين المقام معه على النكاح، فإذا اختارت المقام معه فلها تمكينه من نفسها وتكون لها النفقة نفقة فقير بما فيها نفقة طعام وكسوة ومسكن ديناً في ذمته مالم تمنع زوجها من الاستمتاع بها؛ لأن النفقة حقّ لها وواجب على الزوج، فإذا رضيت بتأخير استيفاء حقّها فهو في ذمته كما لو رضيت بتأخير استيفاء مهرها. ولها المقام مع زوجها على النكاح ومنعه من نفسها فلا يلزمها تمكينه ولا ملازمة منزله، وعليه أن لا يمنعها من الخروج، بل يدعها تخرج لتكتسب ولو كانت موسرة. فإن اختارت المقام معه ثم اختارت التفريق وفسخ النكاح، فلها ذلك أو رضيت بعسرته ثم اختارت الفسخ فلها ذلك. ويثبت للزوجة طلب التفريق وفسخ النكاح بعجز الزوج عن الإنفاق مطلقاً أي سواء تزوجته وهي عالمة بأنه معسر، أو هي غير عالمة بعسره، أو تزوجته موسراً فأعسر بنفقتها. ويبقى لها حقّ طلب التفريق وفسخ النكاح ولو شرط أن لا ينفق عليها أو أسقطت هي النفقة المستقبلة، ثم بدا لها طلب الفسخ فلها ذلك؛ لأن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فيتجدد لها حقّ طلب فسخ النكاح بعدم الإنفاق عليها، ولا يصح إسقاط نفقتها فيما لا يجب لها كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع، وكما لو أسقطت المهر أو النفقة قبل النكاح.

٨٨٤١ ـ رابعاً: مذهب الزيدية:

وعندهم، إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته يؤمر بالتكسب، فإن توانى ولم يفعل أو لم يقدر على الاكتساب، فقد ذهب أكثر الزيدية إلى جواز التفريق إذا طلبته الزوجة دفعاً للضرر عنها بعجزه عن نفقتها، وهذا هو المختار عندهم(١٠٧٨٨).

المطلب الثاني

عدم الإنفاق لتعنت الزوج الحاضر

٨٨٤٢ ـ عدم الإنفاق مع يسار الزوج وحضوره:

وقد يكون الزوج حاضراً وهو موسر ويمتنع عن الإنفاق على زوجته تعنتاً ومطلاً وإضراراً بالزوجة، فهل يجوز للزوجة في هذه الحالة طلب التفريق أو عليها تحصيل نفقتها منه بواسطة القاضي؟ هذا ما نبيّنه في الفقرات التالية ببيان مذاهب الفقهاء في هذه المسألة.

٨٨٤٣ ـ أولاً: مذهب المالكية:

قالوا، إذا لم ينفق الزوج على زوجته بالرغم من يساره وحضوره ورفعت الزوجة أمرها إلى

(١٠٧٨٨) «شرح الأزهار» ج٢، ص٥٤٢-٥٤٣.

القاضي، فقيل: يعجل القاضي عليه الطلاق. وقيل: يحبس، وإذا حبس ولم ينفق طلق القاضي عليه. قالوا: وهذا كلّه إذا لم يكن له مال ظاهر يمكن تحصيل النفقة منه[10789]. ومعنى ذلك، إذا كان له مال ظاهر يمكن تحصيل النفقة منه، فإن القاضي لا يجيب طلبها في التفريق وإنما يأمر باستحصال النفقة من ماله الظاهر.

٨٨٤٤ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

وعندهم، إذا كان الزوج الحاضر موسراً وامتنع من الإنفاق لم يثبت للزوجة حقّ فسخ النكاح على القول الأصح في المذهب معلّلين ذلك بانتفاء إعسار الزوج المثبت للزوجة حقّ طلب التفريق بفسخ النكاح، وبأن الزوجة يمكنها تحصيل نفقتها بنفسها إن استطاعت بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها لنفقتها، وإن لم تستطع رفعت أمرها إلى القاضي ليحصّل لها نفقتها من زوجها بأن يضيّق عليه بالحبس لحمله على الإنفاق. وعلى القول الثاني المرجوح في مذهب الشافعية لها حق التفريق وفسخ النكاح لحصول الضرر لها بامتناعه من الإنفاق مع قدرته عليه[10790].

٨٨٤٥ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة[10791]:

قالوا: إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته مع يساره وقدرته على الإنفاق ورافعته زوجته إلى الحاكم، فإنه يأمره بالإنفاق ويجبره عليه؛ فإن رفض حبسه الحاكم، فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله، فإن لم يجد له إلا عروضاً أو عقاراً باعها لأخذ النفقة من أثمانها.

وإن غيّب أمواله وصبر على الحبس، ولم يجد الحاكم له مالاً ظاهراً يستطيع أخذ النفقة منه، فللزوجة الحقّ في التفريق بطلب فسخ النكاح في ظاهر قول الإمام الخرقي وهو اختيار بعض الحنابلة، وقال بعض آخر لا تملك حقّ فسخ النكاح؛ لأن الفسخ بسبب إعسار الزوج ولم يوجد هنا، لأن الزوج موسر؛ ولأن الموسر في مظنّة إمكان الأخذ من ماله، فإذا امتنع عن الإنفاق في يوم فربما لا يمتنع في الغد.

(١٠٧٨٩) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٥١٨.

(١٠٧٩٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٢، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٢٠٢، «المهذب وشرحه المجموع» ج١٧، ص١١٢.

(١٠٧٩١) «المغني» ج٧، ص٥٧٥-٥٧٦، «كشّاف القناع» ج٣، ص٣١٢.

٨٨٤٦ ـ توضيح ابن قدامة الحنبلي:

وقد رجّح الإمام ابن قدامة الحنبلي القول بحقّها في الفسخ محتجّاً بأن الإنفاق عليها من مال الزوج متعذر، فكان لها الخيار كما في حال إعسار الزوج، بل هذا أولى بالفسخ فإنه إذا جاز الفسخ على العاجز عن الإنفاق وهو معذور، فعلى الموسر الممتنع أولى، ولأن في إلزام الزوجة بالصبر ضرراً عليها يمكن إزالته بالفسخ فوجبت إزالته به؛ ولأن الإعسار جوّز الفسخ لتعذر الإنفاق، وهذا المعنى ـ تعذر الإنفاق ـ حاصل في الموسر الممتنع، فيجب القول بجواز الفسخ في حقه أيضاً. وقول البعض بأن الموسر يحتمل أن ينفق فيما بعد، يرد عليه: وكذلك المعسر يحتمل أن يغنيه الله تعالى أو يقترض فينفق، فاستويا في هذا الاحتمال فينبغي أن يستويا في الحكم وهو جواز الفسخ لعدم الإنفاق.

٨٨٤٧ ـ القول الراجح:

والراجح، ما ذهب إليه الحنابلة؛ لأنهم لم يتعجلوا التفريق، فقالوا بحبس الزوج الموسر الممتنع عن النفقة لعل ذلك يحمله على الإنفاق، فإن أبى وكان له مال ظاهر باع القاضي منه ما يكفي لنفقة الزوجة، فإن لم يوجد له مال ظاهر، فالراجح ما رجّحه ابن قدامة ـ رحمه الله تعالى ـ بإيقاع التفريق بفسخ النكاح، بل هو أولى بالفسخ عليه من العاجز عن النفقة ـ كما قال ابن قدامة ـ.

المبحث الثالث

عدم الإنفاق لغيبة الزوج

٨٨٤٨ ـ تمهيد:

قد يغيب الزوج ولا يترك لزوجته نفقة ولا مالاً تنفق منه ولا يبعث لها بالنفقة، فهل يحقّ للزوجة طلب التفريق لعدم الإنفاق بالرغم من غيبة زوجها؟ أو تنتظر حتى يقدم زوجها؟ هذا ما نبيّنه في هذا المبحث في ضوء أقوال الفقهاء القائلين بمبدأ التفريق لعدم الإنفاق.

٨٨٤٩ ـ أولاً: مذهب المالكية[١٠٧٩٢]:

قالوا: إذا ثبت عسر الزوج الغائب بالنفقة بأن لم يوجد له مال يمكن أخذ النفقة منه، . فإن الحاكم يمهله مدة مناسبة قبل أن يطلق عليه بناء على طلب الزوجة، وهذا سواء كان قد دخل بزوجته أو لم يدخل، وسواء دعي إلى الدخول بها أم لا. وإنما يمهل الغائب إذا لم يعلم الحاكم مكانه أو علم مكانه وكان على بعد مسيرة عشرة أيام.

أما إذا كان مكانه قريباً، فإن الحاكم يعذر إليه بأن يرسل إليه: إما أن تنفق على زوجتك وإلا يطلّق الحاكم عليك. فإن حضر وأنفق، أو أرسل النفقة، فالزوجية باقية، وإن لم يحضر ولم يرسل النفقة فالحاكم يطلّق عليه بناء على طلب الزوجة.

٨٨٥٠ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

وعندهم، إذا غاب الزوج وانقطع خبره ولا مال له ينفق منه على الزوجة لم يثبت لها حقّ الفسخ، لأن الفسخ إنما يثبت بالإعسار بالنفقة ولم يثبت إعسار الزوج لغيبته وعدم تبيّن حاله. وفي المذهب قول آخر: إن حقّ الفسخ يثبت للزوجة لتعذر النفقة في هذه الحالة كتعذرها بالإعسار[١٠٧٩٣].

(١٠٧٩٢) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» للدردير، ج٢، ص٥١٩.

(١٠٧٩٣) «المهذب وشرحه المجموع» ج١٧، ص١١٢، ١١٣.

٨٨٥١ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة:

إذا لم يترك الزوج الغائب نفقة لزوجته ولم يرسل لها ما تنفقه، ولم يعثر له على مال ولا أمكن الزوجة الاستدانة لنفقتها، ولا أمكن أخذ نفقتها من وكيل الزوج إن كان له وكيل، فإن علم مكانه كتب له القاضي ليحضر وينفق أو يرسل نفقتها. وإن لم يعلم مكانه أو علم مكانه وكتب له القاضي ولم يجب، فإن القاضي يفسخ النكاح بطلب من الزوجة[١٠٧٩٤].

٨٨٥٢ ـ تحليف الزوجة اليمين:

وقبل أن يحكم القاضي بالتفريق ويفسخ النكاح، فإنه يحلّف الزوجة اليمين بأنها تستحق النفقة على زوجها الغائب، وأنه لم يترك لها نفقة ولا أرسل بها إليها، ولا أقام وكيلاً بها، ولا أسقطتها عنه. وهذا ما صرّح به المالكية[١٠٧٩٥]، وينبغي أن يكون قولاً لغيرهم للتأكد من صحة ادّعاء الزوجة.

٨٨٥٣ ـ ظهور مال للغائب بعد فسخ النكاح:

ولو حكم القاضي بالتفريق بين المرأة وزوجها الغائب لعدم العثور على مال للزوج الغائب، وعدم تركه لها ما تنفق منه على نفسها ثم تبيّن أن له مالاً، فالظاهر من مذهب الحنابلة نفاذ حكم القاضي بالتفريق وعدم نقضه؛ لأن نفقتها إنما تتعلق بما يمكن الوصول إليه من ماله بعد العلم به، وأما ما عدا ذلك مما لا يمكن الوصول إليه لعدم العلم به أصلاً أو للجهل بمكانه، فلا تكلّف الزوجة بالصبر والانتظار على رجاء ظهوره[١٠٧٩٦].

٨٨٥٤ ـ عود الزوج الغائب بعد التفريق:

وإذا حكم القاضي بالتفريق بين المرأة وزوجها الغائب، ثم عاد الزوج وأثبت أنه ترك لها نفقة أو أرسل لها نفقة، فإن كانت لم تتزوج فلزوجها الحقّ في إعادتها إليه؛ لأنه تبيّن أن حكم القاضي في غير محلّه ولم يصب موضعه. أما إذا عاد الزوج الغائب بعد أن أوقع القاضي التفريق وتزوجت ودخل بها الزوج، فإنها تبقى زوجة للثاني ولا تعود لزوجها الأول؛ لنفاذ حكم القاضي بالتفريق، ولا يملك زوجها الأول نقضه[١٠٧٩٧].

(١٠٧٩٤) «المغني» ج٧، ص٥٣٦، «كشّاف القناع» ج٣، ص٣١٢.

(١٠٧٩٥) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٥١٩، «مواهب الجليل» للحطاب، ج٤، ص١٩٩.

(١٠٧٩٦) «كشّاف القناع»، ج٣، ص٣١٢.

(١٠٧٩٧) فرق الزواج لأستاذنا الشيخ علي الخفيف رحمه الله ص٢٩٧.

المبحث الرابع

شروط التفريق لعدم الإنفاق

٨٨٥٥ ـ تمهيد:

سبب التفريق وهو عدم إنفاق الزوج على زوجته لا يكفي لإيقاع التفريق، بل لا بدّ من توافر شروط معينة مع سبب التفريق حتى يمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق، فما هي هذه الشروط؟ هذا ما نبيّنه في الفقرات التالية:

٨٨٥٦ ـ الشرط الأول: نكاح صحيح مع استحقاق النفقة:

يشترط لثبوت حقّ التفريق أن تكون المرأة المطالبة بالتفريق زوجة بنكاح صحيح وأن تكون مستحقة للنفقة على زوجها. وتعليل هذا الشرط بشقيه أن المرأة إن لم تكن زوجة بنكاح صحيح، كأن كانت بنكاح فاسد، فإن هذا النكاح يكون واجب الفسخ لا البقاء، فلا وجه لمطالبتها بالتفريق لعدم الإنفاق في نكاح يجب فسخه بحكم الشرع. وقد يكون النكاح صحيحاً ولكن الزوجة لا تستحق النفقة لسبب من أسباب عدم استحقاق النفقة كأن تكون ناشزاً، ومع عدم الاستحقاق لا يكون الزوج ملزماً بالإنفاق عليها، فلا يكون عدم الإنفاق عليها سبباً لإيقاع التفريق، وقد تكلمنا عن هذا الشرط بشقيه في بحثنا نفقة الزوجة باعتبارها من حقوق الزوجة، فلا نعيد تفصيل ذلك هنا.

٨٨٥٧ ـ الشرط الثاني: عدم وجود المسقط لحقّ التفريق:

والشرط الثاني عدم وجود المسقط لحقّ الزوجة أو لخيارها في التفريق لعدم الإنفاق، فإن وجد المسقط، فلا يمكن التفريق لعدم وجود سببه والمسقطات لحقّ الزوجة في التفريق ليست كلّها محلّ اتفاق بين الفقهاء، ونذكر فيما يلي هذه المسقطات.

٨٨٥٨ ـ المسقط الأول: العلم بفقر الزوج عند العقد:

أ: قال المالكية: إذا علمت المرأة فقر زوجها عند عقد النكاح، فليس لها طلب التفريق إلا إذا كان هذا الزوج مشهوراً بالعطاء وانقطع. وكذلك إذا علمت عند العقد أنه من الذين

يسألون الناس ويطوفون عليهم في بيوتهم يستعطونهم ويسألونهم الصدقة، فليس لها طلب التفريق لعدم الإنفاق إلا إذا ترك زوجها الاستجداء والطواف على أبواب الناس، فلها طلب التفريق بعد هذا الترك لعدم الإنفاق(١٠٧٩٧م).

٨٨٥٩ ـ ب : وعند الحنابلة لا يعتبر علم الزوجة بفقر زوجها عند العقد مسقطاً لحقّها في طلب التفريق، بل ويبقى لها هذا الحقّ ولو شرط الزوج عليها في العقد أن لا ينفق عليها. ولكن القاضي الحنبلي قال: ظاهر كلام أحمد ليس لها في هذه الحالة طلب التفريق؛ لأنها رضيت بفقره ودخلت في العقد عالمة بعسره وعجزه عن النفقة، فلم تملك حقّ التفريق بفسخ عقد النكاح، كما لو تزوّجت عنّيناً عالماً بعنّته أو قالت بعد العقد قد رضيت به عنّيناً. وقد ردّ ابن قدامة الحنبلي على هذا القول منتصراً للمعروف من مذهب الحنابلة، وهو بقاء حق الزوجة في التفريق وإن علمت بفقر الزوج ورضيت به، فقال رحمه الله: «ولنا، أن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم فيتجدد لها الفسخ ـ أي حقّ فسخ النكاح لعدم الإنفاق ـ ولا يصح إسقاط حقّها فيما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبل البيع، ولذلك لو اسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ولو أسقطتها، أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط، وإذا لم يسقط وجوبها ـ أي وجوب النفقة لم يسقط الفسخ ـ فسخ النكاح ـ الثابت به ـ أي للزوجة ـ»(١٠٧٩٨).

٨٨٦٠ ـ جـ : مذهب الشافعية:

وعند الشافعية، إذا رضيت الزوجة بإعسار زوجها العارض أو نكحته عالمة بإعساره، فلها فسخ النكاح بعده بعدم الإنفاق عليها؛ لأن الضرر يتجدد كل يوم بعدم إنفاقه ولا أثر لقولها: رضيتُ بإعساره أبداً؛ لأن هذا القول وعد لا يلزم الوفاء به. وكذلك علمها بإعساره قبل أن تنكحه أو عند عقد نكاحها لا يؤثر علمها هذا في حقّها في فسخ النكاح لعدم إنفاقه عليها؛ لأن هذا العلم لا يكون أقوى من إعلانها رضاها بإعساره، وهو لا يسقط حقّها في فسخ النكاح لعدم الإنفاق، فأولى أن لا يسقطه علمها بإعساره قبل النكاح(١٠٧٩٩).

٨٨٦١ ـ المسقط الثاني: وجود المتبرّع بالنفقة:

أولاً: مذهب الشافعية(١٠٨٠٠):

(١٠٧٩٧م) «الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٥١٨-٥١٩.

(١٠٧٩٨) «المغني» ج٧، ص٥٧٧، «كشّاف القناع» ج٣، ص٣١٠-٣١١.

(١٠٧٩٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٥.

(١٠٨٠٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٣، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٢٠٢-٢٠٣.

قالوا: لو تبرع أحد بالنفقة للمرأة عن زوجها المعسر، لم يلزمها قبول التبرع ويبقى لها حقّ طلب التفريق وفسخ النكاح، وهذا كما لو كان لها دين على إنسان فتبرع غيره بقضائه لم يلزمه القبول لما فيه من المِنَّة. وحكى بعض الشافعية أنه لا خيار لها في هذه الحالة لوصول حقّها في النفقة وإن كان عن طريق التبرع وبه أفتى الإمام الغزالي رحمه الله تعالى؛ لأن المنّة على الزوج لا عليها.

ولكن لو سلّم المتبرع النفقة للزوج ثم سلمها الزوج إلى زوجته لم يفسخ النكاح لسقوط حقّها في الفسخ، ولو كان المتبرع أباً أو جداً والزوج تحت ولايته وجب عليها قبول التبرع، وألحق الأذرعي به ولد الزوج وقال: ولا شك فيه إذا أعسر الأب وتبرع ولده بالنفقة إذا كان الولد تلزمه نفقة أبيه وإعفافه ـ أي بأن تكون عنده زوجة ـ.

٨٨٦٢ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة:

ومذهب الحنابلة في سقوط حقّ الزوجة في فسخ النكاح عند وجود المتبرع لها بالنفقة مثل مذهب الشافعية، فقد جاء في «كشّاف القناع» في فقه الحنابلة: «وإن أعسر بنفقتها ـ أي بنفقة الزوجة ـ فبذلها غيره، لم تجبر الزوجة على قبولها من غيره لما يلحقها من المِنَّة، إلا إن ملكها الزوج ثم دفعها الزوج لها، أو دفعها إليها وكيله، فإنها تجبر على القبول منه؛ لأن المنّة إذن على الزوج دونها فلا فسخ. وإن تبرع له إنسان بما ينفقه عليها بأن ملكّه له، ثم أنفقه هو عليها فلا فسخ؛ لأن المنّة عليه لا عليها»[١٠٨٠١].

٨٨٦٣ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

إن وجود المتبرع بالنفقة يسقط حقّ الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق، فقد جاء في «مواهب الجليل لشرح مختصر خليل» للحطّاب: «ولو تطوع رجل بأداء النفقة لم يفسخ أي النكاح»[١٠٨٠٢]. وفيه أيضاً: «وفي مسألة اختلف فيها أبو بكر بن عبد الرحمن مع ابن الكاتب وهذه المسألة هي: سئل عن رجل غاب عن زوجته فقامت المرأة وادّعت أنه لم يترك لها زوجها شيئاً، ورفعت أمرها إلى السلطان وأرادت الفراق إذا لم يترك لها زوجها نفقة، ثم إن رجلاً من أقارب الزوج أو أجنبياً عنه قال لها: أنا أُؤدي عنه النفقة ولا سبيل لك إلى فراقه. فقال ابن الكاتب: لها أن تفارق لأن الفراق قد وجب لها. وقال ابن عبد الرحمن: لا مقال لها؛ لأن عدم النفقة الذي أوجب لها القيام قد انتفى. وقد أشار ابن المناصف إلى هذا فقال ما حاصله: قيام

(١٠٨٠١) «كشّاف القناع» ج٣، ص٣١١.

(١٠٨٠٢) «مواهب الجليل شرح مختصر خليل» للحطاب، ج٤، ص١٩٩ـ٢٠٠.

الـزوجة في غيبة زوجها لوجهين: (أحدهما): لترجع بما تنفق عليه. (الوجه الثاني): لتطلق نفسها لعدم الإنفاق. فإذا أثبت الزوجية والمغيب ولم يترك لها شيئاً ولم يتطوع بالنفقة عنه أحد ودعت إلى الطلاق فظاهره أن التطوع بإجراء النفقة يسقط مقالها كقول ابن عبد الرحمن وهو الذي تقتضيه «المدونة» في النكاح. .»[١٠٨٠٣].

٨٨٦٤ ـ ما يفهم من مذهب المالكية:

ويفهم من هذا كلّه، أن المالكية يرون أن التبرع بالنفقة يسقط حقّ الزوجة في طلب التطليق سواء سلم المتبرع النفقة للزوجة رأساً ومباشرة أو سلمها إلى الزوج ويسلمها الزوج إلى زوجته. ويبدو لي، أن عدم إلزام الزوجة بقبول تبرع المتبرع بالنفقة دفعاً (للمنّة) عليها، لا يؤخذ به عند المالكية؛ لأن المهم والمطلوب عندهم هو وصول النفقة للزوجة، سواء كان ذلك من مال الزوج أو من متبرع عنه.

٨٨٦٥ ـ القول الراجح:

والـراجـح أن وجـود المتبـرع بنفقة الزوجة مسقط لحقّها في طلب إيقاع التفريق، ووجه التـرجيح أنـه يمنـع قطع الرابطة الزوجية التي يحرص الشرع على إبقائها وعدم قطعها. أما عدم إلـزام الـزوجـة بقبـول نفقتهـا من المتبـرع بهـا دفعاً (للمنّة) عليها، وبالتالي يبقى لها حقّ طلب التفريق، هذا التعليل غير مقنع وغير سديد؛ لأن المتبرع بالنفقة عن الزوج له عادة مصلحة فيه؛ لأنه إما أن يكون الزوج من أقارب المتبرع أو تكون الزوجة من أقارب المتبرع، فهو في الحالتين من مصلحته المشروعة بقاء الرابطة الزوجية وسبيل ذلك إيصال النفقة للزوجة، وقد يكون الزوج صديقاً للمتبرع سبق وأن عمل خيراً وإحساناً للمتبرع فيريد المتبرع الردّ على إحسانه بإحسان، وقد قال تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إِلَّا الإِحْسَانُ﴾ ثم إن التبرع تعاون على فعل الخير وهو مشروع في الإسلام ومطلوب قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَىٰ البِرِّ وَالتَّقْوَى﴾، ووسيلة لإبقاء الرابطة الزوجية، فهو مرغوب فيه قطعاً في الإسلام ومندوب إليه، فلا ينبغي أن تمتنع الزوجة منه بحجة دفع المِنَّة لأن ما ترغب فيه الشريعة ينبغي أن يرغب فيه المسلم أو المسلمة. ثم إن الزوجة ما أقدمت على طلب التفريق إلا لحاجتها إلى النفقة، وهذا هو الغالب، ومقتضى الظن الحسن بالزوجة والشأن في الزوجة الصالحة، فإذا تيسرت لها النفقة بطريق التبرع وهو طريق حلال لا شبهة فيه، فيجب أن تقبله ولا تمتنع منه لاندفاع حاجتها به مع بقاء الرابطة الزوجية، وأخيراً فإذا كانت هناك مِنّة في هذا التبرع بالنفقة، فهذه المِنَّة على الزوج لا عليها.

(١٠٨٠٣) «مواهب الجليل» للحطاب، ج٤، ص٢٠٠.

٨٨٦٦ ـ الشرط الثالث: رفع الدعوى بالتفريق:

ويشترط لإيقاع التفريق لعدم إنفاق الزوج رفع دعوى إلى القاضي من قبل الزوجة بإيقاع التفريق بينها وبين زوجها ونذكر فيما يلي أقوال الفقهاء في هذا الشرط.

٨٨٦٧ ـ أولاً: مذهب الشافعية:

جاء في متن «المنهاج» للإمام النووي في فقه الشافعية: «ولا فسخ حتى يثبت عند قاضٍ إعساره فيفسخه، أو يأذن لها فيه» وجاء في «مغني المحتاج» تعليقاً على هذا القول: «ولا فسخ بإعسار زوج بشيء مما ذكر حتى يثبت عند قاضٍ بعد الرفع، أو عند مُحكَّم إعساره ببيّنة أو إقراره. فلا بدّ من الرفع إلى القاضي كما في العنّة (أي كما في طلب التفريق لعنّة الزوج)؛ لأنه محل اجتهاد. ويكفي علم القاضي إذا قلنا يحكم بعلمه، وحينئذٍ فيفسخه بنفسه أو نائبه بعد الثبوت أو يأذن لها فيه. وليس لها مع علمها بالعجز ـ عجز زوجها عن الإنفاق ـ الفسخ قبل الرفع إلى القاضي ولا بعده قبل الإذن منه»[١٠٨٠٤].

٨٨٦٨ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة:

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وكل موضع ثبت لها الفسخ لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم الحاكم؛ لأنه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنّة. ولا يجوز للحاكم التفريق إلا أن تطلب الزوجة ذلك؛ لأنه لحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنّة»[١٠٨٠٥].

٨٨٦٩ ـ ثالثاً: مذهب المالكية:

وعندهم، ترفع الزوجة طلب التفريق لعدم إنفاق زوجها عليها إلى الحاكم، فإن لم يوجب فإلى العدول من المسلمين، جاء في «مواهب الجليل» للحطّاب: «فإذا لم يكن حاكم فإنها ترفع للعدول»[١٠٨٠٦]. وفي «حاشية الدسوقي»: «اعلم أن جماعة المسلمين العدول يقومون مقام الحاكم في ذلك، وفي كل أمر يتعذر الوصول فيه إلى الحاكم أو لكونه غير عدل»[١٠٨٠٧].

(١٠٨٠٤) «متن المنهاج وشرحه مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٤.

(١٠٨٠٥) «المغني» ج٧، ص٥٧٦-٥٧٧.

(١٠٨٠٦) «مواهب الجليل شرح مختصر خليل» للحطاب، ج٤، ص١٩٩.

(١٠٨٠٧) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٥١٩.

المبحث الخامس

نوع الفرقة لعدم الإنفاق

٨٨٧٠ ـ اختلاف الفقهاء في نوع الفرقة:

اختلف الفقهاء في تكييف الفرقة بين الزوجين بسبب عدم إنفاق الزوج على زوجته، هل هي فرقة فسخ أم فرقة طلاق؟ فمنهم من قال: إنها فرقة فسخ، ومنهم من قال: إنها فرقة طلاق، ونذكر فيما يلي أقوالهم وما يترتب على اعتبار التفريق بسبب عدم الإنفاق فسخاً أو طلاقاً.

٨٨٧١ ـ القول الأول: إنها فرقة فسخ:

أ : جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية عن الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق: «ليست هذه الفرقة فرقة طلاق، بل فسخ»[١٠٨٠٨].

ب : وجاء في «المغني» في فقه الحنابلة: «إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل؛ لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه، فلئن يثبت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى»[١٠٨٠٩].

٨٨٧٢ ـ ما يترتب على اعتبارها فرقة فسخ:

ويترتب على اعتبار الفرقة لعدم الإنفاق هي فرقة فسخ لا طلاق أن هذه الفرقة لا ينقص بها عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته. وعلى هذا، إذا فسخ النكاح لعدم الإنفاق، ثم أعادها الزوج بعقد نكاح جديد، فإنها تعود إليه بما كان يملكه عليها من عدد الطلقات قبل فسخ النكاح، وهي ثلاث طلقات إن لم يكن قد طلقها قبل فسخ نكاحه. أما إذا كان قد طلّقها طلقة واحدة قبل فسخ نكاحه ثم أعادها إليه بعقد نكاح جديد فإنها تعود إليه بطلقتين أي يملك عليها طلقتين فقط؛ لأن هذا هو ما كان يملكه عليها قبل فسخ النكاح؛ لأنه طلق طلقة واحدة قبل فسخ النكاح لعدم الإنفاق.

(١٠٨٠٨) «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٢.

(١٠٨٠٩) «المغني» ج٧، ص٥٧٦.

٨٨٧٣ ـ القول الثاني: اعتبارها فرقة طلاق:

وبهذا قال المالكية، فهي عندهم فرقة طلاق بطلقة واحدة رجعية، جاء في «حاشية الدسوقي»: «وكل طلاق أوقعه الحاكم، فهو بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة فهو رجعي»[10810].

٨٨٧٤ ـ ما يترتب على اعتبارها فرقة طلاق رجعي[10811]:

اعتبار التفريق لعدم الإنفاق طلاقاً رجعياً يعني ثبوت حقّ الزوج بإرجاعها بإرادته ما دامت في العدة؛ لأن هذا هو حكم الطلاق الرجعي. ولكن المالكية وهم القائلون بأن الفرقة لعدم الإنفاق هي فرقة طلاق رجعي، يشترطون لحقّ الزوج في إرجاع زوجته تحقق يساره على نحو يقوم بنفقة زوجته مدة شهر على رأي ابن القاسم وابن الماجشون، وقيل نصف شهر، وقيل يوم. قال ابن عبد السلام: وينبغي أن تؤول هذه الأقوال على ما إذا كان المظنون أن يقدر الزوج على إدامة النفقة بعد ذلك. أما مقدار النفقة التي يقوم بها يساره، فقد قالوا بقدر ما يجب لمثلها عادة لا دونه. فإذا وجد الزوج يساراً لا يمكن به الإنفاق عليها بقدر ما يجب لمثلها لم تصح رجعته. ولكن إذا رضيت هي بذلك فهل تصح رجعته؟ خلاف عند المالكية» فقد قيل تصح رجعته؛ لأن الحقّ ـ حقّ النفقة ـ لها، فإذا رضيت بأقل مما يجب لها من النفقة، فإنما هي ترضى بالتنازل عن بعض حقّها، وهذا يجوز. وقيل: لا تصح الرجعة، وهذا هو المعتمد عند المالكية، ويعلّلون ذلك بأن الطلاق الرجعي الذي أوقعه الحاكم إنما كان لأجل ضرر فقره وإعساره بنفقة زوجته، فلا يمكن من الرجعة إلا إذا أزال موجب الطلاق وهو الإعسار.

٨٨٧٥ ـ هذا وإن للزوجة المطلّقة لعدم الإنفاق النفقة في العدة إذا وجد يساراً يملك به الرجعة وإن لم يرتجع؛ لأنها كالزوجة حكماً، وهذا على المشهور في مذهب المالكية وهو ما جاء في «المدونة». ومقابله ما رواه ابن حبيب عن مطرف بن الماجشون أنه لا نفقة لها حتى يرجعها زوجها[10812].

(١٠٨١٠) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير، ج٢، ص٥١٩.

(١٠٨١١) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» للدردير، ج٢، ص٤١٩.

(١٠٨١٢) «الشرح الكبير وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٤١٩.



الفصل الحادي عشر
التفريق للغبن في المهر أو للإعسار به

٨٨٧٦ - تمهيد، ومنهج البحث:

قد يكون في زواج الأنثى غبن في مهرها - أي نقص عن مهر مثلها - وقد يعسر الزوج في مهر زوجته، فهل يجوز التفريق بين الزوجين بعلّة الغبن في المهر أو الإعسار فيه أم لا؟ هذا هو موضوع هذا الفصل، وعلى هذا، نقسّمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: التفريق للغبن في المهر.

المبحث الثاني: التفريق للإعسار بالمهر.

المبحث الأول

التفريق للغبن في المهر

٨٨٧٧ ـ الغبن المبرر للتفريق:

الغبن يعني النقص، يقال غبنه في البيع أي نقصه[١٠٨١٣]. والغبن في المهر الذي يمكن أن يكون مبرراً للتفريق بين الزوجين هو: الغبن الفاحش والمقصود به النقص عن مهر المثل للزوجة على وجه لا يجري فيه تسامح الناس. جاء في «رد المحتار» تفسيراً وبياناً لمعنى الغبن الفاحش: «هو مالا يتغابن الناس فيه أي لا يتحملون الغبن فيه احترازاً عن الغبن اليسير وهو ما يتغابنون فيه أي يتحملونه. قال في «الجوهرة»: والذي يتغابن فيه الناس ما دون نصف المهر كذا قال شيخنا موفق الدين. وقيل ما دون العشر. فعلى القول الأول الغبن الفاحش هو النصف فما فوقه، وعلى القول الثاني العشر فما فوقه»[١٠٨١٤]. وقيل: إن الغبن الفاحش مالا يدخل تحت تقويم المقومين[١٠٨١٥]. والغبن الفاحش يتصور في جانب الزوجة الصغيرة بالنقص عن مهر مثلها، وفي جانب الصغير بالزيادة على مهر مثل من يتزوجها»[١٠٨١٦].

٨٨٧٨ ـ أقوال الفقهاء في التفريق للغبن في المهر

أولاً: مذهب الحنفية:

أ : الحالة الأولى:

إذا زوج الأب أو الجدّ ـ أبو الأب ـ الصغير أو الصغيرة، أو زوج أحدهما المجنونة أو زوجها ابنها، ولم يعرف هؤلاء الأولياء ـ الأب والجد والابن ـ بسوء الاختيار مجانة وفسقاً صح النكاح ولزم ولو كان بغبن فاحش في المهر، وهذا عند أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ وقال صاحباه أبو

(١٠٨١٣) «المعجم الوسيط» ج٢، ص٦٥٠.

(١٠٨١٤) «رد المحتار» لابن عابدين على «الدر المختار» ج٣، ص٩٦.

(١٠٨١٥) «شرح الأحكام الشرعية» للأبياني، ج١، ص٧٢.

(١٠٨١٦) «رد المحتار» ج٣، ص٩٦.

يوسف ومحمد: لا يجوز النكاح بغبن فاحش حتى ولو كان الوليّ المزوّج هو الأب أو الجد أو الابن، وعلى هذا، فإذا جرى النكاح من قبل هؤلاء بغبن فاحش في المهر فهو نكاح باطل. وقول أبي حنيفة هو الصحيح في المذهب الحنفي، كما جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية، ولكن إذا عرف هؤلاء الأولياء بسوء الاختيار وكان المهر بغبن فاحش فإن النكاح في هذه الحالة لا يصح باتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه[١٠٨١٦م].

ويترتب على ما قلناه من أن النكاح لا يصح أو أنه باطل على قول الصاحبين أو على قولهم جميعاً: أبي حنيفة وصاحبيه، فإن هذا النكاح يجب فسخه والتفريق بين الزوجين لبطلان النكاح، والفرقة هنا فرقة فسخ لا طلاق.

٨٨٧٩ ـ ب : الحالة الثانية:

وإذا كان الولي غير الأب والجدّ والابن كما لو كان المزوج للصغير أو الصغيرة الأخ أو العم، ففي هذه الحالة ينظر: إن كان الزواج بكفء وبمهر المثل صحّ النكاح ولزم. وإن كان بغير كفء أو بأنقص من مهر المثل وكانت النقيصة غبناً فاحشاً فالنكاح لا يصح[١٠٨١٦م]. ويقتضي ذلك وجوب فسخ النكاح والتفريق بين الزوجين لبطلان النكاح، والفرقة هنا فرقة فسخ لا طلاق.

٨٨٨٠ ـ جـ : الحالة الثالثة:

إن زوّجت البالغة العاقلة نفسها من كفء ولكن بغبن فاحش في مهرها، فلوليها الحق في فسخ النكاح إذا لم يكمل الزوج مهرها ليصير بمقدار مهر مثلها، وفي هذه الحالة تفصيل واختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، فقد جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «ولو تزوّجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللولّي الاعتراض عليها حتى يتم لها مهرها أو يفارقها، وإذا فارقها قبل الدخول فلا مهر لها، وإن فارقها بعده فلها المسمى، وكذا إذا مات أحدهما قبل التفريق، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لوليّها الاعتراض. ولا تكون هذه الفرقة إلا عند القاضي، وما لم يقضِ القاضي بالفرقة بينهما، فحكم الطلاق والظهار والإيلاء والميراث باقٍ»[١٠٨١٧]. والفرقة هنا فرقة فسخ لا طلاق[١٠٨١٨].

٨٨٨١ ـ ثانياً: مذهب المالكية:

(١٠٨١٦م) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٢٩٤، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦٥-٦٨.

(١٠٨١٦م) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٢٩٤، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦٧-٦٨.

(١٠٨١٧) «الفتاوى الهندية» ج١، ص٢٩٣-٢٩٤.

(١٠٨١٨) «الهداية وفتح القدير» ج٢، ص٤٠٨.

سبق وأن قلنا إن للأب الرشيد ولاية إجبار في تزويج ابنته البكر ولو كانت كبيرة ـ ولو كانت عانساً بلغت من العمر ستين سنة ـ ويصح هذا التزويج ولو كان بأقل من مهر المثل، بل قالوا ولو زوّجها الأب بربع دينار وكان مهر مثلها قنطاراً[10819]. ومعنى ذلك أن تزويج الأب ابنته لا يجري فيه جواز فسخ النكاح للغبن في المهر. وللوصي ـ وصي الأب ـ عند المالكية ولاية إجبار على ابنة الموصي، ولكن بشرط أن يكون تزويجه لابنة الموصي بمهر المثل وإلَّا لا جبرَ له[10820]. وعلى هذا، إذا زوّجها الوصي دون مهر مثلها جاز فسخ النكاح إذ لا ولاية إجبار عليها بأقل من مهر المثل.

٨٨٨٢ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية:

ذكرنا فيما سبق أن للأب ولاية على تزويج ابنته البكر صغيرة كانت أو كبيرة ودون توقف على إذنها. وأن لتزويج الأب لها شروطاً، منها أن يكون بمهر مثلها، وهذا الشرط لجواز إقدام الأب على تزويجها. والجدّ ـ أبو الأب ـ كالأب عند عدمه[10821]. ومعنى ذلك عدم جواز تزويجها بأقل من مهر المثل وإلا جاز فسخ النكاح[10822].

أما الثيِّب الكبيرة، فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها بدون إذنها وموافقتها، ومعنى ذلك أن النكاح صحيح ولو كان بأقل من مهر المثل؛ لأنها رضيت وأذنت به، فلا يجري فيه فسخ النكاح. وكذلك البكر البالغة إذا زوجها الولي غير المجبر بإذنها جاز النكاح ونفذ، وإن كان بأقل من مهر المثل لرضاها وإذنها به.

٨٨٨٣ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة:

قالوا: إن كان الوليّ المزوِّج هو الأب، فالنكاح صحيح ونافذ ولازم وإن كان المهر بغبن فاحش، سواء كانت البنت بكراً أو ثيباً، صغيرة أو كبيرة. وإن كان الولي غير الأب، وزوّج الكبيرة بأقل من مهر المثل ورضيت هي بذلك صحّ النكاح ولزم؛ لأن المهر حقّها وقد رضيت به وإن كان أقل من مهر مثلها. وإن زوّجها بغير أن يستأذنها في مهرها، فزوجها بأقل من مهر مثلها بغبن فاحش وجب لها مهر المثل ويكمله الزوج؛ لأنه هو المنتفع بهذا النكاح بما ملك به من حقّ الاستمتاع بها، ويكون الوليّ ضامناً لما لزم الزوج من تكملة المهر؛ لأن الوليّ فرط في مهرها

(١٠٨١٩) انظر الفقرة ٦٧٧٩.

(١٠٨٢٠) انظر الفقرة ٦٧٨٠.

(١٠٨٢١) الفقرات من ٦٧٥١-٦١٥٣.

(١٠٨٢٢) «مغني المحتاج» ج٣، ص١٤٩، وهذا لا خلاف فيه، انظر الفقرة ٦٨١٥.

فكان كما لو باع مالها بأقل من ثمن مثله(١٠٨٢٣).

٨٨٨٤ ـ خامساً: مذهب الزيدية:

قالوا: تستحق الصغيرة مهر مثلها إن زوّجها غير أبيها بأقل من مهر مثلها. فإن كان المزوّج لها هو أبوها صحّ النكاح والمهر وإن كان بغبن فاحش. وقالوا أيضاً إذا كانت كبيرة وسمى لها وليّ نكاحها أقل من مهر مثلها بدون رضاها وإذنها فإنها تستحق مهر المثل. ولو أذنت لوليها بتزويجها بأقل من مهر مثلها ولو بغبن فاحش جاز نكاحها بالمهر المسمى، ولم يكن لبقية الأولياء الاعتراض على هذا النكاح؛ لأن المهر حقّها وقد رضيت به(١٠٨٢٤).

ومن هذا، يبدو لي، أن لا فسخ للنكاح للغبن الفاحش في الأمر عند الزيدية؛ لأنه إن كان المُزوِّج هو الأب والزوجة صغيرة، فالنكاح صحيح نافذ ولازم والمهر المسمى لازم مهما كان مقـداره ولو بغبن فاحش عن مهر مثلها. وإن كان المزوج غير الأب فالنكاح صحيح والزوجة الصّغيرة تستحق مهر المثل ويطالب به الزوج بإبلاغ المهر المسمى إلى مهر المثل. وإن كانت الزوجة كبيرة، والمهر أقل من مهر المثل، وكانت قد أذنت لوليها بأن يزوّجها به، فهي قد رضيت به، وهو حقّها فلا سبيل للاعتراض عليه. وإن لم يستأذنها الولي (غير الأب) في زواجها فزّوجها بأقل من مهر المثل وبغبن فاحش، فلها أن تطالب بمهر مثلها ولا تلزمها تسمية المهر المسمّى الناقص عن مهر مثلها، سواء كان من تطالبه الزوج أو الوليّ، ولكن ليس لها حقّ فسخ النكاح لنقصـان مهرها فيه عن مهر المثل، وإنما الذي لها في هذه الحالة هو المطالبة بإبلاغ المهر المسمى إلى مهر المثل فقط.

٨٨٨٥ ـ سادساً: مذهب الجعفرية:

قالـوا: إذا ولي الأب أو الجدّ بنفسـه نكـاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهمـا من غير المكلفين، وكان غير معروف قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقاً لزم النكاح بلا خيار لهما بعد البلوغ. ولكن لو كان النكاح بغبن فاحش كزيادة في المهر في نكاح الصغير أو نقص عن مهر المثل في مهر الصغيرة، ولم يكن هناك مصلحة لهما تقتضي ذلك، فالعقد لازم ويتوقف استقرار المهر على إجازتهما بعد البلوغ، فإن لم يجيزاه ثبت مهر المثل، ولو كان الأب أو الجدّ مشهوراً قبـل العقـد بسوء الاختيار مجانة وفسقاً وزوّج صغيراً أو صغيرة بغبن فاحش في المهر أو بغير

(١٠٨٢٣) «المغني» ج٦، ص٤٩٩، ٦٨٧، «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٣، ٨١.

(١٠٨٢٤) «شرح الأزهار» ج٢، ب ص٢٧٧ وما بعدها.

كفء، يكون النكاح موقوفاً على إجازتهما بعد البلوغ لعدم ثبوت ولاية مثله(١٠٨٢٤م١).

٨٨٨٦ ـ ما يفهم من مذهب الجعفرية:

ومن هذه الأقوال يتبين أن الجعفرية يفرقون بين حالتين:

الأولى: إذا زوج الصغير أو الصغيرة الأب أو الجد بغبن فاحش، ولم يكن الأب أو الجد معروفاً قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقاً فالعقد صحيح، أما المهر فيوقف استقراره على اجازتهما له بعد البلوغ فإن أجازاه استقر وإلا وجب لهما مهر المثل، ولا حق لهما في فسخ النكاح.

الثانية: إذا كان الأب أو الزوج معروفين بسوء الاختيار قبل عقد النكاح الذي باشراه للصغير أو الصغيرة، وكان المهر بغبن فاحش في المهر، فإن العقد كله يكون نفاذه موقوفاً على إجازته بعد بلوغهما فإن أجازاه نفذ وإن لم يجيزاه بطل ما فيه من غبن فاحش في المهر.

(١٠٨٢٤م١) «الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية» للشيخ عبد الكريم الحلبي، المادة ٤٥.

المبحث الثاني

التفريق للإعسار بالمهر

٨٨٨٧ ـ تمهيد:

إذا عجز الزوج عن أداء ما وجب عليه اداؤه من مهر إلى زوجته، فهل يجوز للزوجة طلب التفريق لإعساره بالمهر؟ أم لا يجوز لها ذلك، وإنما لها أن تطالبه بما لها من مهر في ذمته فقط دون أن يكون لها حق في فسخ النكاح لهذا السبب؟ هذا ما نبينه فيما يلي:

٨٨٨٨ ـ أقوال الفقهاء:

أولاً: مذهب المالكية:

عندهم، إذا طالبت الزوجة زوجها قبل الدخول بمهرها الحال، ينظر: إن كان له مال ظاهر أخذ مهرها منه. وإن لم يكن له مال ظاهر ولكنه ظاهر الملاءة والغنى ولم يؤدِ ما وجب عليه من مهر إلى زوجته حبسه الحاكم إلى أن يؤدي بأن يدفع ما وجب عليه من مهر لزوجته، أو يأتي ببينة (شهود) تشهد بعسره إلا أن يحصل للزوجة ضرر بطول مدّة الترافع إلى الحاكم وحبسه واحضار البينة فلها طلب التطليق عاجلاً. وإن ادّعى الفقر امهله الحاكم لاثبات فقره مدّة مناسبة حسب اجتهاده. ثم يطلق عليه بشروط خمسة: أن لا تصدقه الزوجة في دعواه الإعسار، وأن لا يقيم البيِّنة على صدقه، وأن لا يكون له مال ظاهر، وأن لا يغلب على الظن إعساره وأن يجري النفقة عليها من يوم دعائه للدخول، فإن صدقته في دعواه الإعسار أو أقام بيِّنة بالعسر فإنه يتلوم له من أول الأمر بالنظر ولا يؤجل لاثبات عسره وإن لم يجر النفقة عليها من يوم دعائه للدخول فلها الفسخ لعدم النفقة مع عدم الصداق على الراجح[١٠٨٢٤م٢]. وأما بعد الدخول فليس للزوجة حق طلب التفريق للإعسار بمهرها، وإنما لها حقّ مطالبة زوجها بما لها من مهر في ذمته كما يُطالب بسائر الديون[١٠٨٢٥].

(١٠٨٢٤م٢) «الشرح الكبير» و «حاشية الدسوقي» ج٢، ص٢٩٩ـ٣٠٠.

(١٠٨٢٥) «الشرح الكبير» للدردير «وحاشية الدسوقي» ج٢، ص٢٩٩.

٨٨٨٩ ـ ثانياً: مذهب الشافعية:

عند الشافعية في إعسار الزوج بالمهر أقوال، أظهرها: القول بثبوت الخيار للزوجة في التفريق بفسخ النكاح إن كان الإعسار قبل الدخول بها، فإن كان الإعسار بعد الدخول، فلا يثبت لها حقّ الفسخ[١٠٨٢٦].

٨٨٩٠ ـ وحيث جاز الفسخ، فلا بدّ أن يكون بحكم الحاكم بعد أن يثبت عنده الإعسار إما بالإقرار وإما بالبينة، والأظهر أن الحاكم يمهل الزوج المعسر ثلاثة أيام وإن لم يطلب ذلك؛ لأنها مدة قريبة عسى أن يتمكن الزوج خلالها من تهيئة ما وجب عليه من مهر ولو عن طريق الاقتراض، وبعد ذلك إن لم يؤدِ الزوج ما لزمه من مهر فسخ الحاكم النكاح[١٠٨٢٧]، والفرقة هنا فرقة فسخ لا طلاق.

٨٨٩١ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة:

قال الإمام ابن القيم الحنبلي: «وقال جمهور الفقهاء: لا يثبت لها الفسخ بالإعسار بالصَداق ـ المهر ـ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ـ رحمهم الله تعالى ـ، وهو الصحيح من مذهب أحمد ـ رحمه الله ـ اختاره عامة أصحابه، وهو قول كثير من أصحاب الشافعي ـ رحمه الله ـ»[١٠٨٢٨].

٨٨٩٢ ـ رابعاً: مذهب الحنفية:

الحنفية لا يرون فسخ النكاح والتفريق بين الزوجين بالإعسار بالنفقة فأولى أن لا يروا التفريق بالإعسار بالمهر، ولهذا صرحوا بأن للمرأة الحقّ في الامتناع من تسليم نفسها لزوجها إذا لم يسلم لها المهر الذي وجب لها عليه، ولم يقولوا بحقّها في التفريق، فقد جاء في «الهداية»: «وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة؛ لأنه منع بحقّ، فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كأنه غير فائت»[١٠٨٢٩]. وفي «العناية على الهداية»: «وإن امتنعت من تسليم نفسها، فإما أن يكون الامتناع بحقّ مثل أن تطلب المهر المعجل أو لا. فإن

(١٠٨٢٦) «المجموع شرح المهذب» ج١٥، ص٥٣٣ـ٥٣٤، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٤.

(١٠٨٢٧) «المجموع» ج١٥، ص٥٣٣، «نهاية المحتاج» ج٧، ص٢٠٤ـ٢٠٥، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٤٤.

(١٠٨٢٨) «زاد المعاد» لابن القيم، ج٤، ص١٥٦.

(١٠٨٢٩) «الهداية» ج٣، ص٣٣٤.

كان الأول فلها النفقة؛ لأن كل واحد من المهر والنفقة حقّ من حقوقها فمطالبة أحد هما لا يسقط الآخر»[١٠٨٣٠].

٨٨٩٣ ـ القول الراجح:

والراجح عدم التفريق بإعسار الزوج بالمهر إذا طالبت به الزوجة؛ لأن المال ـ المهر ـ ليس هو المقصود الأصلي في النكاح، وإنما المقصود الأصلي فيه تحقيق أغراضه من إيجاد النسل وقضاء الشهوة وإعفاف النفس وصيانتها من الزنى، فلا ينبغي تفويت المقصود الأصلي بإيقاع الفرقة لفوات ما هو مقصود تبعي. ومع احتمال تحصيله مستقبلاً.

(١٠٨٣٠) «العناية على الهداية» ج٣، ص٣٣٤.



الفصل الثاني عشر
التفريق بخيار البلوغ

٨٨٩٤ ـ تمهيد:

إذا زوّج الولي الشرعي الصغير أو الصغيرة ومن يلحق بهما (المجنون أو المجنونة)، فهل ينعقد هذا الزواج صحيحاً لازماً على وجه لا يكون فيه خيار للصغير والصغيرة عند بلوغهما أو عند إفاقة المجنون والمجنونة، أم يكون لهم الخيار عند البلوغ أو الإفاقة؟ هذا ما نبيّنه في هذا الفصل، علماً بأن المقصود بالخيار الذي نبحثه لهؤلاء هو حقّهم في التفريق أو الرضا بالزواج وإبقاء الرابطة الزوجية. ونذكر فيما يلي أقوال الفقهاء من المذاهب المختلفة.

٨٨٩٥ ـ أولاً: مذهب الحنفية:

ويمكن تلخيص أقوال الحنفية في التفريق بين الزوجين بخيار البلوغ أو عند الإفاقة من الجنون، بالآتي من الحالات:

٨٨٩٦ ـ الحالة الأولى:

إذا ولي الأب أو الجد ـ أبو الأب ـ عقد زواج الصغير أو الصغيرة ومن يلحق بهما كالمجنون والمجنونة، ولم يعرف لهما سوء الاختيار مجانة وفسقاً، أي سواء كان سوء الاختيار متأتياً من جهة المجانة أو الفسق، والماجن هو من لا يبالي بما يصنع ولا بما يقال له. فإن عقد نكاحهما صحيح ونافذ ولازم ولا يثبت للصغير ولا الصغيرة، ولا من يلحق بهما (المجنون والمجنونة) حقّ الخيار في فسخ النكاح عند البلوغ أو الإفاقة من الجنون، ولو كان الزواج بغير كفء أو أقل من مهر المثل بالنسبة للصغيرة وبأكثر من مهر المثل بالنسبة للصغير. ويعلّل الحنفية ذلك بوفور شفقة الأب والجد وبأنهما ما رضيا بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل للصغيرة، وبأكثر منه بالنسبة للصغير إلا لما رأياه من المصلحة لهما بهذا الزواج، كأن يكون الزوج حسن الأخلاق لطيف العِشْرة. . . »[١٠٨٣١].

(١٠٨٣١) «الهداية» ج٢، ص٤٠٧، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦٥-٦٦.

٨٨٩٧ - الحالة الثانية:

وإن عرف الأب أو الجد بسوء الاختيار مجانة أو فسقاً، وزوّج أحدهما الصغير أو الصغيرة بكفء وبمهر المثل صحّ التزويج وإلا لم يصح؛ لأنه لا يمكن حمله على وجه المصلحة لما عرف عنهما من سوء الاختيار[١٠٨٣٢]. ومقتضى عدم صحة الزواج في هذه الحالة وجوب فسخه والتفريق بين الزوجين؛ لأنه لا يجوز إقرارهما على نكاح فاسد. ومعنى ذلك أن هذا التفريق يكون قبل بلوغهما وعلى أساس حقّ الشرع وليس على أساس حقّ خيار البلوغ.

٨٨٩٨ - الحالة الثالثة:

إن ولِي غير الأب والجدّ من سائر الأولياء تزويج الصغير أو الصغيرة ومن يلحق بهما، وكان الزواج من غير كفء أو بأقل من مهر المثل بالنسبة للصغيرة، وبأكثر منه بالنسبة للصغير، فإن الزواج لا يصح أصلاً. وإن كان الزواج بكفء وبمهر المثل، فالنكاح صحيح نافذ ولكنه غير لازم، وللصغير والصغيرة خيار فسخ النكاح عند بلوغهما. وتعليل ذلك قصور شفقة غير الأب والجدّ بخلاف الأب والجدّ إذ إنهما موفورا الشفقة على الصغير والصغيرة، فلم يكونا بحاجة إلى خيار البلوغ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا خيار لهما في فسخ العقد كما لا خيار لهما إذا زوجهما الأب أو الجد، ما دام الزواج قد صادف الكفء وبمهر المثل»[١٠٨٣٣].

٨٨٩٩ - للصغير والصغيرة خيار البلوغ إذا زوجهما القاضي:

وما قلناه في تزويج غير الأب والجدّ من الأولياء، يقال أيضاً على القاضي إذا ولي تزويج الصغير أو الصغيرة؛ لأن القاضي من الأولياء في تزويج الصغار وهذا هو في ظاهر الرواية، فللصغير والصغيرة خيار البلوغ إذا زوجهما القاضي من الكفء وبمهر المثل. (ووجه) ذلك، أن ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الأخ والعم فإذا ثبت الخيار للصغيرين إذا زوّجهما الأخ أو العم، فثبوت هذا الخيار في تزويج القاضي أولى، وروي عن أبي حنيفة أن لا خيار للصغيرة بعد بلوغها إذا زوجها القاضي، (ووجه) هذه الرواية، أن ولاية القاضي تامة في المال والنفس جميعاً، فتكون ولايته في القوة كولاية الأب[١٠٨٣٤].

(١٠٨٣٢) «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦٦-٦٧.

(١٠٨٣٣) «المبسوط» ج٤، ص٢٧٥، «البدائع» ج٢، ص٣١٥، «الهداية وفتح القدير» ج٢، ص٤٠٧، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦٨-٦٩.

(١٠٨٣٤) «المبسوط» ج٤، ص٢١٥.

٨٩٠٠ ـ وقت الخيار وما يبطله:

ووقت الخيار للصغير أو الصغيرة عند بلوغهما إذا علما بالنكاح قبل بلوغهما، أو بعد علمهما بالنكـاح بعد بلوغهما إذا لم يعلما به إلا بعد البلوغ[١٠٨٣٥]. فإذا علمت بالنكاح وسكتت في مجلس علمها وهي بكر بطل خيارها. وإن كانت ثيباً في الأصل أو كانت بكراً إلا أن الزوج دخل بها ثم بلغت عند الزوج، لا يبطل خيارها بالسكوت ولا بقيامها من مجلس علمها بالنكاح، وإنما يبطل خيارها إذا رضيت بالنكاح صريحاً أو بفعل منها يستدل به على رضاها كتمكين زوجها من جماعها أو بطلبها النفقة منه وما أشبه ذلك. وإذا علمت بالنكاح ساعة بلوغها لكن جهلت ثبوت الخيار لها فسكتت بطل خيارها. إما إذا لم تعلم بالنكاح ساعة بلوغها كان لها الخيار إذا علمت. وإذا بلغت وسألت عن اسم الزوج أو عن المهر المسمى بطل خيار البلوغ. هذا، ولا يبطل خيار البلوغ للصغير ما لم يقل عند بلوغه رضيت، أو يجيء منه ما يعرف به أنه رضي[١٠٨٣٦].

٨٩٠١ ـ لا بد من الدعوى بخيار البلوغ لفسخ النكاح:

ويشترط لفسخ النكاح والتفريق بين الزوجين بخيار البلوغ الترافع إلى القاضي ـ أي رفع الـدعـوى إلى القاضي ـ بطلب فسخ النكاح والحكم بالتفريق بخيار البلوغ، فيصدر القاضي حكمه بالتفريق بين الزوجين بعد استماع البيّنة. وإنما اشترط لفسخ النكاح حكم القاضي؛ لأن الفسخ بسبب خيار البلوغ ها هنا لدفع ضرر خفي يدّعيه المتضرر بسبب قصور شفقة الوليّ الذي أنشأ عقد الزواج، إذا كان الوليّ غير الأب أو الجدّ. ثم إن الفسخ بسبب خيار البلوغ مختلف فيه بين الفقهـاء، فكان لا بدّ من حكم القاضي للأخذ بهذا السبب للتفريق[١٠٨٣٧] لأن حكم القاضي يرفع الخلاف في المسائل الاجتهادية.

(١٠٨٣٥) «البدائع» ج٢، ص٣١٦، «الدر المختار ورد المحتار» ج٣، ص٦٨-٦٩.

(١٠٨٣٦) «الهداية وفتح القدير» ج٢، ص٤٠٩-٤١٠، «الفتاوى الهندية» ج١، ص٢٨٦.

(١٠٨٣٧) «المبسوط» ج٤، ص٢١٦، «الهداية وشرح العناية» ج٢، ص٤٠٨.

٨٩٠٢ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة:

قال الحنابلة: «للأب خاصة تزويج بنيه الصغار وبنيه المجانين ولو كان المجانين بالغين، وليس لهم ـ أي البنين الصغار والمجانين ـ خيار إذا بلغوا وعقلوا»[١٠٨٣٨] وعلى هذا فليس عندهم تفريق بين الزوجين بخيار البلوغ.

٨٩٠٣ ـ ثالثاً: مذهب الشافعية:

قالوا: للأب ولاية تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها»[١٠٨٣٩]. ولم يذكروا خياراً للصغيرة عند البلوغ. وقالوا في المجنونة: «ويزوّج المجنونة أب أو جدّ إن ظهرت مصلحة في زوجيهما، وسواء في جواز التزويج صغيرة وكبيرة، ثيب وبكر، جنت قبل البلوغ أو بعده، فإذا أفاقت المجنونة بعد تزويجها لا خيار لها»[١٠٨٤٠] ويبدو لي، أن الصغيرة إذا زوّجها أبوها أو جدّها ـ عند عدم وجود الأب ـ فلا خيار لها عند البلوغ قياساً على ما قالوه في المجنونة إذا زوجها أبوها وأفاقت بعد البلوغ.

٨٩٠٤ ـ رابعاً: مذهب المالكية:

قالوا: «خمسة يلزمهم النكاح إذا عقده عليهم غيرهم، سخطوا أو رضوا: الطفل الصغير، والبكر يزوجهما أبوهما..»[١٠٨٤١] وقالوا للأب تزويج ابنته البكر صغيرة كانت أو كبيرة بمهر مثلها أو بأقل؛ لأن له عليها ولاية إجبار، وكذا يزوج المجنونة جنوناً مطبقاً[١٠٨٤٢] وعلى هذا، فليس هنا خيار بلوغ للصغيرة إذا زوّجها أبوها، وكذا لا خيار للمجنونة إذا زوّجها أبوها وأفاقت بعد ذلك.

٨٩٠٥ ـ خامساً: مذهب الجعفرية:

جاء في «المختصر النافع» في فقه الحنفية: «وولاية الأب والجدّ ثابتة على الصغيرة.. ولا خيار للصبية مع البلوغ، وفي الصبي قولان: أظهرهما أنه كذلك»[١٠٨٤٣] وفي «منهاج الصالحين»: «إنما الولاية للأب وإن علا ووصيه والحاكم، فالأب على الصغيرين، والمجنونين إذا بلغا كذلك، ولا خيار لهما بعد زوال الوصفين»[١٠٨٤٤].

(١٠٨٣٨) «كشّاف القناع» ج٣، ص٢٣.

(١٠٨٣٩) «مغني المحتاج» ج٣، ص١٤٩.

(١٠٨٤٠) «مغني المحتاج» ج٣، ص١٦٩.

(١٠٨٤١) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص٢٢٣.

(١٠٨٤٢) «الشرح الكبير» للدردير و«حاشية الدسوقي» ج٢، ص ٢٢٢.

(١٠٨٤٣) «المختصر النافع» ص١٩٨.

(١٠٨٤٤) «منهاج الصالحين» للسيد محسن الحكيم» ج٢، ص١٤٦.

محتويات الكتاب

الفرع الثالث: الرجعة

المطلب الثاني: طلاق البدعة

الفصل الثالث: الخلع

المبحث الأول: تعريف الخلع وبيان مشروعيته

الفرع الثالث: مقدار العوض

٨٠٢٦ - اختلاف في مقدار العوض - ٨٠٢٧ - القول الأول: يتحدد مقدار العوض بما تراضيا عليه - ٨٠٢٨ - القول الثاني: يتحدد العوض بمقدار ما أعطاها - ٨٠٢٩ - القول الثالث: يتحدد العوض بما لزم للمرأة بعقد الزواج - ٨٠٣٠ - القول الرابع: لا يستحب أن يكون العوض أكثر مما أعطاها - ٨٠٣١ - القول الخامس: التفصيل بناء على نشوز الزوجة أو الزوج - ٨٠٣٢ - أدلة الأقوال - أدلة القول الأول - ٨٠٣٣ - أدلة القول الثاني - ٨٠٣٤ - أدلة القول الثالث - ٨٠٣٥ - أدلة القول الرابع - ٨٠٣٦ - أدلة القول الخامس - ٨٠٣٧ - القول الراجح - ٨٠٣٨ - نرجح أن ما لا يجوز ديانة لا يجوز قضاء.

الفرع الرابع: شروط العوض «بدل الخلع»

٨٠٣٩ - ما يصلح مهراً في النكاح يصلح عوضاً في الخلع - ٨٠٤٠ - الشروط الإجمالية للعوض - ٨٠٤١ - الشرط الأول: أن يكون العوض مالاً متقوماً - ٨٠٤٢ - المنافع تصلح أن تكون عوضاً - ٨٠٤٣ - إذا لم يكن العوض مالاً متقوماً - عند الحنفية - ٨٠٤٤ - مذهب الشافعية - ٨٠٤٥ - مذهب الحنابلة: لا يستحق الزوج المخالع شيئاً - ٨٠٤٦ - وفي وقوع الفرقة تفصيل عند الحنابلة - ٨٠٤٧ - الجهل بعدم تقوم العوض - رأي الحنابلة والشافعية - ٨٠٤٨ - ب - رأي الحنفية - ٨٠٤٩ - الشرط الثاني: العلم بالعوض - أ - رأي الحنابلة والحنفية - ٨٠٥٠ - ب - رأي الشافعية - ٨٠٥١ - حجة الحنابلة - ٨٠٥٢ - أقسام الخلع على عوض مجهول - ٨٠٥٣ - القسم الأول - ٨٠٥٤ - القسم الثاني - ٨٠٥٥ - القسم الثالث - ٨٠٥٦ - القسم الرابع.

الفرع الخامس: أنواع العوض

٨٠٥٧ - تمهيد - ٨٠٥٨ - أولاً: المهر المؤجل - ٨٠٥٩ - ثانياً: نفقة المختلعة ونفقة ولدها - ٨٠٦٠ - أقوال الفقهاء في جعل نفقة المختلعة عوضاً في الخلع - ٨٠٦١ - ثالثاً: حق السكنى للمختلعة - ٨٠٦٢ - المخالعة على مؤنة السكن - ٨٠٦٣ - رابعاً: الإرضاع - أ - مذهب الحنفية - ٨٠٦٤ - مدة الإرضاع - ٨٠٦٥ - موت الرضيع قبل الإرضاع أو قبل مضي المدة - ٨٠٦٦ - ب - مذهب الحنابلة - ٨٠٦٧ - جـ - مذهب المالكية - ٨٠٦٨ - د - مذهب الشافعية - ٨٠٦٩ - خامساً: نفقة الصغير وحضانته وإمساكه - ٨٠٧٠ - أ - مذهب الحنفية جواز المخالعة على نفقة الصغير وحضانته بشرط عدم الإضرار به - ٨٠٧١ - من أقوال الحنفية في هٰذا النوع من العوض - ٨٠٧٢ - ب - مذهب المالكية - ٨٠٧٣ - المخالعة على إسقاط حضانة الأم عند المالكية - ٨٠٧٤ - جـ - مذهب الشافعية - إذا كان العوض كفالتها الصغير عشر سنين بما فيها مدة الرضاع صحَّ العوض، والحكم إذا مات بعد مدة الرضاع - ٨٠٧٥ - رأي الشافعية إن مات الصغير بعد أن رضع حولاً - ٨٠٧٦ - إذا ماتت المختلعة فعند الشافعية تفصيل - ٨٠٧٧ - د - مذهب الحنابلة

المطلب الأول: الزوج «الحالف»

٨١٤٦ ـ الزوج هو المولي «الحالف» ٨١٤٧ ـ شروط الزوج المولي «الحالف» أولاً: أن يكون بالغاً عاقلاً ـ ٨١٤٨ ـ ثانياً: إسلام الزوج ـ ٨١٤٩ ـ حجة الجمهور وحجة المالكية ـ ٨١٥٠ ـ القول الراجح في شرط إسلام الزوج ـ ٨١٥١ ـ ثالثاً: قدرة الزوج على الوطء ـ ٨١٥٢ ـ الحالة الأولى: العجز المطلق عن الوطء ـ ٨١٥٣ ـ أ ـ مذهب الحنابلة ـ ٨١٥٤ ـ ب ـ مذهب الشافعية ـ ٨١٥٥ ـ جـ ـ مذهب المالكية ـ ٨١٥٦ ـ د ـ مذهب الحنفية ـ ٨١٥٧ ـ هـ ـ مذهب الجعفرية ـ ٨١٥٨ ـ القول الراجح ـ ٨١٥٩ ـ الحالة الثانية ـ العجز المؤقت عن الوطء ـ ٨١٦٠ ـ أقوال الفقهاء في العجز المؤقت عن الوطء.

المطلب الثاني: الزوجة «المحلوف عليها»

٨١٦١ ـ شروط الزوجة المحلوف عليها ـ ٨١٦٢ ـ أولاً: أن تكون زوجة بنكاح صحيح ـ ٨١٦٣ ـ الإيلاء من المطلقة رجعياً ـ ٨١٦٤ ـ الإيلاء من الأجنبية معلقاً على نكاحها ـ ٨١٦٥ ـ حكم المسألة عند الحنابلة ـ ٨١٦٦ ـ الراجح عدم وقوع الإيلاء من الأجنبية ـ ٨١٦٧ ـ الإيلاء من الزوجة الذمية ـ ٨١٦٨ ـ الإيلاء من الزوجة قبل الدخول وبعده ـ ٨١٦٩ ـ ثانياً: أن تكون صالحة للوطء ـ ٨١٧٠ ـ الإيلاء من الزوجة المجنونة والصغيرة ـ ٨١٧١ ـ الإيلاء من الزوجة الصغيرة ونحوها عند الحنفية ـ ٨١٧٢ ـ القول الراجح صحة الإيلاء من الزوجة الصغيرة ونحوها.

المطلب الثالث: المحلوف به

٨١٧٣ ـ المحلوف به نوعان ـ ٨١٧٤ ـ اليمين بالله تعالى (الحلف بالله) ـ ٨١٧٥ ـ الحلف بغير الله لا ينعقد به الإيلاء ـ ٨١٧٦ ـ الحلف بالشرط والجزاء ـ ٨١٧٧ ـ أولاً: مذهب الحنفية ـ ٨١٧٨ ـ ثانياً: مذهب الشافعية ـ ٨١٧٩ ـ ثالثاً: مذهب المالكية ـ ٨١٨٠ ـ رابعاً: مذهب الحنابلة ـ ٨١٨١ ـ قول الحنابلة على الرواية الثانية في مذهبهم ـ ٨١٨٢ ـ ما استقر عليه الحنابلة المتأخرون ـ ٨١٨٣ ـ خامساً: مذهب الظاهرية ـ ٨١٨٤ ـ سادساً: مذهب الجعفرية ـ ٨١٨٥ ـ القول الراجح.

المطلب الرابع: المحلوف عليه

٨١٨٦ ـ المحلوف عليه هو الوطء ـ ٨١٨٧ ـ الوطء في غير الفرج.

المطلب الخامس: مدة الإيلاء

٨١٨٨ ـ الأقوال في مدة الإيلاء ـ ٨١٨٩ ـ أولاً: المدة أكثر من أربعة أشهر ـ ٨١٩٠ ـ ثانياً: المدة هي أربعة أشهر فصاعداً ـ ٨١٩١ ـ ثالثاً: لا تقدير لأقل المدة ـ ٨١٩٢ ـ أدلة الأقوال: القول الأول ـ ٨١٩٣ ـ أدلة القول الثاني ـ ٨١٩٤ ـ أدلة القول الثالث ـ ٨١٩٥ ـ القول الراجح ـ ٨١٩٦ ـ كيفية احتساب أشهر الإيلاء ـ ٨١٩٧ ـ لا مانع من الأخذ بقول الحنفية في كيفية احتساب المدة.

المطلب السادس: ألفاظ الإيلاء وصيغته

٨١٩٨ ـ تمهيد ومنهج البحث: تقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: ألفاظ الإيلاء

٨١٩٩ ـ المقصود بألفاظ الإيلاء ـ ٨٢٠٠ ـ أولاً: مذهب الحنفية ـ ٨٢٠١ ـ تعليل قولهم فيما يجري مجرى الصريح من ألفاظ الكنايات ـ ٨٢٠٢ ـ الكنايات من ألفاظ الإيلاء ـ ٨٢٠٣ ـ من ألفاظ الكناية في الإيلاء ـ ٨٢٠٤ ـ النية في ألفاظ الكنايات ـ ٨٢٠٥ ـ الصريح لا يفتقر إلى النية لوقوع الإيلاء ـ ٨٢٠٦ ـ ثانياً: مذهب الشافعية ـ ٨٢٠٧ ـ من ألفاظ الكناية في الإيلاء ـ ٨٢٠٨ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة ـ القسم الأول من ألفاظ الإيلاء ـ ٨٢٠٩ ـ القسم الثاني من ألفاظ الإيلاء ـ ٨٢١٠ ـ القسم الثالث من ألفاظ الإيلاء ـ ٨٢١١ ـ رابعاً: مذهب الجعفرية ـ ٨٢١٢ ـ القول الراجح ـ ٨٢١٣ ـ الإيلاء يصح بأية لغة.

الفرع الثاني: صيغة الإيلاء

٨٢١٤ ـ ثلاث حالات لصيغة الإيلاء عند الجمهور ـ ٨٢١٥ ـ مذهب الجعفرية ـ ٨٢١٦ ـ حالات تعليق صيغة الإيلاء ـ أولاً: التعليق على شرط مستحيل ـ ٨٢١٧ ـ ثانياً: التعليق على شرط غير مستحيل ـ ٨٢١٨ ـ الوجه الأول ـ ٨٢١٩ ـ الوجه الثاني ـ ٨٢٢٠ ـ الوجه الثالث ـ ٨٢٢١ ـ الوجه الرابع ـ ٨٢٢٢ ـ الوجه الخامس ـ ٨٢٢٣ ـ ما يلاحظ على التعليق على شرط غير مستحيل ـ ٨٢٢٤ ـ تعليق الإيلاء على المشيئة.

المبحث الثالث: حكم الإيلاء «آثار الإيلاء»

٨٢٢٥ ـ تمهيد ـ ٨٢٢٦ ـ تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المبحث الأول: الظهار تعريفه والنصوص فيه وحكم فعله

المبحث الثاني: أركان الظهار

المطلب الأول: المظاهر «الزوج»

المطلب الثاني: المظاهر منها «الزوجة»

المطلب الثالث: المظاهر به «المشبه به»

المطلب الرابع: صيغة الظهار

٨٣٠٩ ـ المقصود بصيغة الظهار ـ ٨٣١٠ ـ أنواع الصيغة ـ ٨٣١١ ـ الصيغة باللفظ الصريح ـ ٨٣١٢ ـ يقع الظهار باللفظ الصريح ـ ٨٣١٣ ـ من صيغ الظهار باللفظ الصريح ـ ٨٣١٤ ـ الصيغة بغير اللفظ الصريح «بالكناية» ـ ٨٣١٥ ـ من صيغ الظهار بألفاظ الكناية ـ ٨٣١٦ ـ حكم قوله: أنت عليّ حرام كأمي ـ ٨٣١٧ ـ حكم قوله: أنت طالق كظهر أمي ـ ٨٣١٨ ـ حكم قوله: أنت عليّ حرام ـ ٨٣١٩ ـ حكم قوله: أنت عليّ حرام كظهر أمي ـ ٨٣٢٠ ـ حكم قوله: أنت علي كالميتة ونحوها ـ ٨٣٢١ ـ الصيغة المنجزة ـ ٨٣٢٢ ـ الصيغة المعلقة ـ ٨٣٢٣ ـ التعليق على مشيئة الله ـ ٨٣٢٤ ـ مذهب الجعفرية في الصيغة المعلقة ـ ٨٣٢٥ ـ صيغة توقيت الظهار ـ ٨٣٢٦ ـ مذهب المالكية في توقيت الظهار ـ ٨٣٢٧ ـ الراجح جواز توقيت الظهار ـ ٨٣٢٨ ـ الصيغة المضافة إلى زمن مستقبل ـ ٨٣٢٩ ـ علاقة توقيت الظهار بإضافته إلى المستقبل.

المبحث الثالث: حكم الظهار «آثار الظهار»

٨٣٣٠ ـ أولاً: حرمة الوطء قبل الكفارة ـ ٨٣٣١ ـ القول الراجح ـ ٨٣٣٢ ـ ثانياً: الاستمتاع بدون الوطء واختلاف الفقهاء في جوازه ـ ٨٣٣٣ ـ القول الراجح ـ ٨٣٣٤ ـ ما يترتب على ترجيحنا ـ ٨٣٣٥ ـ حصول الوطء قبل الكفارة ـ ٨٣٣٦ ـ قول القرطبي في هٰذه المسألة ـ ٨٣٣٧ ـ إذا ظاهر من زوجته وطلقها ثم تزوجها ـ ٨٣٣٨ ـ إذا ظاهر منها ومات أحدهما.

المبحث الرابع: انتهاء حكم الظهار

٨٣٣٩ ـ تمهيد ومنهج البحث: تقسيم هٰذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: انتهاء الظهار بمضي المدة أو بالموت

٨٣٤٠ ـ أولاً: مضي المدة ـ ٨٣٤١ ـ ثانياً: انتهاء الظهار بالموت ـ ٨٣٤٢ ـ القول الراجح.

المطلب الثاني: انتهاء الظهار بالكفارة

٨٣٤٣ ـ نصّ القرآن في الكفارة ـ ٨٣٤٤ ـ الكفارة أحد ثلاثة أشياء ـ ٨٣٤٥ ـ هل تجب الكفارة بمجرد قول الظهار؟ ـ ٨٣٤٦ ـ لا تجب الكفارة إلا بقول الظهار والعود ـ ٨٣٤٧ ـ المقصود بالعود ـ ٨٣٤٨ ـ القول الأول ـ ٨٣٤٩ ـ القول الثاني ـ ٨٣٥٠ ـ القول الثالث ـ ٨٣٥١ ـ القول الرابع ـ ٨٣٥٢ ـ القول الخامس ـ ٨٣٥٣ ـ القول السادس ـ ٨٣٥٤ ـ مناقشة

إذا ولدت الزوجة توأمين ـ ٨٤٩٢ ـ إذا مات أحد التوأمين ـ ٨٤٩٣ ـ الشرط الرابع لنفي الولد عند الحنابلة ـ ٨٤٩٤ ـ رابعاً: مذهب المالكية ـ ٨٤٩٥ ـ الشرط الأول: نفي الولد عن يقين ـ ٨٤٩٦ ـ لا يصح نفي الولد عن ظن ـ ٨٤٩٧ ـ من اليقين الذي يصح به نفي الولد ـ ٨٤٩٨ ـ الشرط الثاني: التعجيل بالنفي واللعان ـ ٨٤٩٩ ـ ولادته ميتاً أو بعد موته بعد الولادة ـ ٨٥٠٠ ـ خامساً: مذهب الزيدية ـ ٨٥٠١ ـ سادساً: مذهب الجعفرية.

المطلب السادس: شروط نفس القذف

٨٥٠٢ ـ أن يكون القذف منجزاً وتعليل هٰذا الشرط.

المبحث الثالث: إجراء اللعان

٨٥٠٣ ـ تمهيد ـ ٨٥٠٤ ـ منهج البحث: تقسيم هٰذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: طلب إجراء اللعان

٨٥٠٥ ـ من له حق طلب إجراء اللعان ـ ٨٥٠٦ ـ هل يشترط لإجراء اللعان طلبه من أحد الزوجين؟ ـ ٨٥٠٧ ـ القول الأول: قول الظاهرية ـ ٨٥٠٨ ـ القول الثاني: قول الجمهور: أ ـ للزوجة طلب اللعان ـ ٨٥٠٩ ـ ب ـ هل للزوج طلب اللعان؟

المطلب الثاني: الامتناع عن اللعان

٨٥١٠ ـ امتناع الزوج عن اللعان ـ ٨٥١١ ـ أولاً: قول الجمهور ـ ٨٥١٢ ـ ثانياً: قول الحنفية ـ ٨٥١٣ ـ امتناع الزوجة من اللعان ـ ٨٥١٤ ـ أولاً: من أقوال الجمهور ـ ٨٥١٥ ـ ثانياً: من أقوال الحنفية والحنابلة ـ ٨٥١٦ ـ خلاصة أقوال الجمهور ومخالفيهم ـ ٨٥١٧ ـ أدلة الجمهور ـ الدليل الأول ـ ٨٥١٨ ـ الدليل الثاني ـ ٨٥١٩ ـ الدليل الثالث ـ ٨٥٢٠ ـ الدليل الرابع ـ ٨٥٢١ ـ أدلة الحنفية ـ أولاً ـ ٨٥٢٢ ـ ثانياً ـ ٨٥٢٣ ـ ثالثاً: ـ ٨٥٢٤ ـ أدلة الحنابلة ـ ٨٥٢٥ ـ إكذاب الزوج نفسه ـ ٨٥٢٦ ـ تصديق الزوجة زوجها فيما قذفها به ـ ٨٥٢٧ ـ إذا صدقته في نفي الولد فلا لعان وهو ولدهما.

المطلب الثالث: كيفية اللعان وألفاظه

٨٥٢٨ ـ كيفية اللعان وألفاظه في القرآن ـ ٨٥٢٩ ـ أقوال الفقهاء في كيفية اللعان وألفاظه ـ ٨٥٣٠ ـ أولاً: مذهب الحنفية ـ ٨٥٣١ ـ إذا كان اللعان بنفي الولد ـ ٨٥٣٢ ـ يبدأ بلعان الزوج ـ ٨٥٣٣ ـ إن بدأت الزوجة باللعان قبل الزوج أعيد لعانها بعده ـ ٨٥٣٤ ـ ثانياً: مذهب الشافعية

ـ ٨٥٣٥ ـ يذكر الزوج في لعانه الولد الذي ينفيه عنه ـ ٨٥٣٦ ـ تلاعن الزوجة بعد لعان الزوج ـ ٨٥٣٧ ـ لا حاجة للزوجة في ذكر الولد في لعانها ـ ٨٥٣٨ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة ـ ٨٥٣٩ ـ ثم تلاعن الزوجة ـ ٨٥٤٠ ـ إذا كان اللعان لنفي الولد، ذكر في لعانهما ـ ٨٥٤١ ـ رابعاً: مذهب المالكية ـ ٨٥٤٢ ـ ثم تلاعن الزوجة ـ ٨٥٤٣ ـ إن بدأت الزوجة باللعان أعادته بعد لعان زوجها ـ ٨٥٤٤ ـ خامساً: مذهب الجعفرية ـ ٨٥٤٥ ـ التقيد بعدد شهادات اللعان وألفاظه ـ ٨٥٤٧ ـ أولاً: التقيد بعدد شهادات اللعان ـ ٨٥٤٨ ـ تبديل ألفاظ اللعان ـ أ ـ تبديل لفظ أشهد ـ ٨٥٤٩ ـ ب ـ تبدل لفظ الله ـ ٨٥٥٠ ـ جـ ـ تبديل لفظ (اللعن) ولفظ (الغضب) ـ ٨٥٥١ ـ د ـ تبديل قول الزوج «إني لمن الصادقين» و«إنه لمن الكاذبين» ـ ٨٥٥٢ ـ الراجح هو التقيد بألفاظ اللعان ـ ٨٥٥٣ ـ لغة اللعان ـ أ ـ مذهب الحنابلة ـ ٨٥٥٤ ـ ب ـ مذهب الشافعية ـ ٨٥٥٥ ـ جـ ـ مذهب الجعفرية ـ ٨٥٥٦ ـ حضور المترجم وهل يجزىء الواحد؟ ٨٥٥٧ ـ مذهب الجعفرية في المترجم ـ ٨٥٥٨ ـ لعان الأخرس والخرساء ـ أولاً: عند المالكية ـ ٨٥٥٩ ـ ثانياً: عند الشافعية ـ ٨٥٦٠ ـ ثالثاً: عند الحنابلة ـ ٨٥٦١ ـ القول الراجح في لعان الأخرس والخرساء.

المطلب الرابع: شروط صحة اللعان ومستحباته

٨٥٦٢ ـ تمهيد ومنهج البحث: تقسيم هٰذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: شروط صحة اللعان

٨٥٦٣ ـ الشرط الأول: إجراء اللعان بحضرة القاضي وأمره: أولاً: مذهب الحنابلة ـ ٨٥٦٤ ـ إجراء اللعان خارج مجلس القضاء ـ ٨٥٦٥ ـ ثانياً: مذهب الشافعية ـ ٨٥٦٦ ـ إجراء اللعان من قبل المحكم ـ ٨٥٦٧ ـ ثالثاً: مذهب الجعفرية ـ ٨٥٦٨ ـ الشرط الثاني: أن يبدأ الزوج باللعان ـ ٨٥٦٩ ـ شروط أخرى لصحة اللعان ـ ٨٥٧٠ ـ من شروط المالكية ـ ٨٥٧١ ـ من شروط المالكية أيضاً.

الفرع الثاني: مستحبات اللعان

٨٥٧٢ ـ تعداد المستحبات من جهة متعلقاتها ـ ٨٥٧٣ ـ أولاً: اللعان بمحضر جماعة ـ وهٰذا عند الحنابلة ـ ٨٥٧٤ ـ وهٰذا أيضاً مذهب الشافعية ـ ٨٥٧٥ ـ ثانياً: ما يتعلق بمكان اللعان وزمانه ـ أ ـ مذهب الشافعية ـ ٨٥٧٦ ـ مكان لعان غير المسلم ـ ٨٥٧٧ ـ ب ـ مذهب المالكية ـ ٨٥٧٨ ـ جـ ـ مذهب الجعفرية ـ ٨٥٧٩ ـ د ـ مذهب الحنابلة ـ ٨٥٨٠ ـ ثالثاً: ما يتعلق بالمتلاعنين ـ ٨٥٨١ ـ رابعاً: نصح القاضي للمتلاعنين.

المبحث الرابع: آثار اللعان

٨٥٨٢ ـ تمهيد ومنهج البحث: تقسيم هٰذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: سقوط الحدّ باللعان

٨٥٨٣ ـ المراد بالحدّ الساقط باللعان ودليله ـ ٨٥٨٤ ـ أقوال الفقهاء في سقوط الحدّ باللعان ـ ٨٥٨٥ ـ إكذاب الزوج القاذف نفسه ـ ٨٥٨٦ ـ تصديق الزوجة زوجها في القذف.

المطلب الثاني: وقوع الفرقة باللعان

٨٥٨٧ ـ هل تقع الفرقة باللعان؟ ـ ٨٥٨٨ ـ هل تقع الفرقة بلعان الزوج وحده؟ ـ ٨٥٨٩ ـ القول الراجح ـ ٨٥٩٠ ـ هل تقع الفرقة بلعان الزوجين فقط أم لا بد من حكم القاضي؟ أقوال للفقهاء ـ ٨٥٩١ ـ القول الأول: تقع الفرقة بمجرد لعان الزوجين ـ ٨٥٩٢ ـ القول الثاني: تقع الفرقة باللعان وتفريق القاضي ـ ٨٥٩٣ ـ الحنفية من أصحاب القول الثاني ـ ٨٥٩٤ ـ هل يجوز للقاضي التفريق قبل تمام اللعان؟ ـ ٨٥٩٥ ـ أولاً: مذهب الحنفية ـ ٨٥٩٦ ـ ثانياً: مذهب الحنابلة ـ ٨٥٩٧ ـ القول الراجح ـ ٨٥٩٨ ـ القاضي يفرق بين المتلاعنين بلا استئذان منهما ـ ٨٥٩٩ ـ النكاح بين المتلاعنين باق حتى يفرق القاضي ـ ٨٦٠٠ ـ فرقة اللعان: فسخ أم طلاق؟ ٨٦٠١ ـ أولاً: قول الجمهور ـ انها فرقة فسخ ـ ٨٦٠٢ ـ ثانياً: مذهب الحنفية في فرقة اللعان ـ ٨٦٠٣ ـ تعليل وقوع الفرقة باللعان.

المطلب الثالث: وقوع الحرمة المؤبدة باللعان

٨٦٠٤ ـ لا خلاف في وقوع الحرمة المؤبدة ـ ٨٦٠٥ ـ الحجة لوقوع الحرمة المؤبدة باللعان: أ ـ الحديث الأول ـ ٨٦٠٦ ـ ب ـ الحديث الثاني ـ ٨٦٠٧ ـ إكذاب الزوج القاذف نفسه أو تصديق الزوجة له ـ ٨٦٠٨ ـ أولاً: مذهب الحنفية ـ أ ـ إذا أكذب الزوج نفسه ـ ٨٦٠٩ ـ ب ـ إذا صدقت الزوجة زوجها القاذف ـ ٨٦١٠ ـ إذا أكذب الزوج نفسه بعد اللعان وقبل التفريق ـ ٨٦١١ ـ ثانياً: مذهب الشافعية ـ ٨٦١٢ ـ ثالثاً: مذهب الحنابلة: إكذاب الزوج نفسه لا يرفع الحرمة ـ ٨٦١٣ ـ إكذاب الزوج نفسه يوجب حدّ القذف عليه ـ ٨٦١٤ ـ رابعاً: مذهب الجعفرية.

المطلب الرابع: انتفاء نسب الولد باللعان

٨٦١٥ ـ النصوص في قطع نسب الولد عن الزوج باللعان ـ ٨٦١٦ ـ أقوال الفقهاء في انتفاء